Ansprüche des Erben auf Auskunft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen

vorgelegt von

KURT WENDLER
Gerichtsreferendar
aus Berlin-Zehlendorf

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen.

Referent: Prof. Dr. Arthur B. Schmidt

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt: Das Recht auf Auskunftserteilung.

§ 1. Grundsätzliche Bemerkungen über das Auskunftsrecht im geltenden Recht 7

§ 2. Die besonderen Auskunftsansprüche des Erben . . . 11

II. Abschnitt: Die verschiedenen Träger des Auskunftsrechts.

§ 3. Erbe, vorläufiger Erbe, Vorerbe, Nacherbe und Miterbe 13

§ 4. Erbschaftskäufer 14

§ 5. Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter und Testamentsvollstrecker 15

III. Abschnitt: Die dem Auskunftsanspruch unterworfenen Personen.

§ 6. Erbschaftsbesitzer und die ihnen gleichstehenden Personen 31

§ 7. Besitzer von Nachlaßgegenständen 52

§ 8. Hausgenossen des Erblassers 54

§ 9. Inhaber eines unrichtigen Erbscheins 58

§ 10. Der Vorerbe als Auskunftsverpflichteter 62

IV. Abschnitt: Auskunftsansprüche unter Miterben.

§ 11. Sind Miterben einander allgemein zur Auskunftserteilung über Nachlaßverhältnisse verpflichtet? 64

§ 12. Die Auskunftspflicht des Miterben gemäß § 2057 . . 67

§ 13. Die Auskunftspflicht des Miterben gemäß § 2027 und § 2028 71

§ 14. Zur Frage der Geltendmachung eines der Miterbengemeinschaft zustehenden Auskunftsrechts 76

V. Abschnitt: Die Erfüllung der Auskunftspflicht und die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides 78

Literaturverzeichnis.

Asch: Der Erbe, seine Rechte und Pflichten, 1925.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen B.G.B., III. Teil, 1905.

— Erbrecht, 1930.

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Breslau 1901.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des B.G.B und des gemeinen Rechts, 3. Auflage, 1899.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 2. Abteilung, 1924.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, 5. Band, 1912.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, 5. Band, 3. Aufl. 1911, besorgt von Engelmann.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 3. Band, 4. Aufl., 1896.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Band, 8./9. Aufl., 1920.

— Grundrisse der Rechtswissenschaft, 5. Band Erbrecht, 1923.

Entwurf eines Rechts der Erbfolge nebst dem Entwurf eines E.G. Vorlage des Redaktors von Schmitt, 1879.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, 1910.

Hübner, R.: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930.

Hübner: Die Auskunftspflichten des B.G.B., Diss. Rostock, 1904.

Kipp: Das Erbrecht, 2. Band, 3. Abteilung des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp, Wolff 1930.

Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 1895.

Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen B.G.B. 2. Aufl., 1913.

Langheineken, Einspruch und Einrede nach dem B.G.B., 1903.

Leonhard, Fr.: Kommentar zum B.G.B, 5. Band, 2. Aufl. 1912,

Leonhard, R.: Der Erbschaftsbesitz, 1899.

Leske: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des preußischen Allgemeinen Landrechts, 1903.

Maercker, (Köhne und Feist): Die Nachlaßbehandlung, 19. Aufl. 1917.

Mayer, H.: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 2. Bd., 4. Aufl., 1902.

Meyer, P.: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904.

Oertmann: Kommentar zum B.G.B., 2. Buch, 1928.

Plancks Kommentar zum B.G.B., 5. Band, 4. Aufl., 1930.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, Band V.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 5. Band, 7. Aufl., 1929.

Scherer: Erbrecht des B.G.B., 1900.

Siber: Grundrisse zu Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht, 5. Band, 1928.

Staudinger: Kommentar zum B.G.B., 2. Band, 9. Aufl., 1930 und 5. Band, 9. Aufl., 1928.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des B.G.B., 1904.

Weißler: Das Nachlaßverfahren, 1920.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.

Zeitz: Die Auskunftspflichten eines Miterben nach den §§ 2027 und 2028 des B.G.B., Diss. Leipzig, 1903.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Abkürzungen.

Arch.Ziv.Pra. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Bay.Z.f.R. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bürg.A. = Archiv für bürgerliches Recht.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
E. v. Schmitt = Entwurf eines Rechts der Erbfolge nebst dem Entwurf eines E.G., Vorlage des Redaktors von Schmitt.
Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs-, u. Versicherungsrecht, später: für deutsches Recht.
Mot. = Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888.
O.L.G. = Mugdan und Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.
„Recht" = Zeitschrift „Das Recht".
R.G.Z. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Sächs.A. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Seuff.Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Seuff.A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn.Rechtspr. = Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Z.Bl.F.G. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Z.Z.P. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

I. Abschnitt:

Das Recht auf Auskunfterteilung.

§ 1.

Grundsätzliche Bemerkungen über das Auskunftsrecht im geltenden Recht.

Nach geltendem Recht kann grundsätzlich jedwedes Tun zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden. Mithin kann auch eine Verpflichtung des Inhalts begründet werden, daß die verpflichtete Person der berechtigten über irgendwelche Tatsachen Auskunft zu erteilen hat. Wie jeder Rechtsanspruch, so kann auch ein solcher Anspruch auf Auskunftserteilung auf zweifache Art zur Entstehung kommen: entweder beruht er unmittelbar auf einer Gesetzesvorschrift oder er wird durch ein eigens zu diesem Zweck abgeschlossenes Rechtsgeschäft begründet[1]).

Diese beiden ihrem Entstehungsgrunde nach verschiedenen Gruppen von Auskunftsansprüchen unterscheiden sich, wenn auch nicht notwendig, so doch in der Regel auch ihrem Inhalte nach.

Bei der vertraglich vereinbarten Auskunftspflicht erschöpft sich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien regelmäßig in der Erteilung der betreffenden Auskunft. Für den Berechtigten ist die zu erteilende Auskunft der Hauptzweck des Vertrages und die Verpflichtung des Schuldners endet mit ihrer Erteilung. Es ist hier zu denken an die Auskunftserteilung durch die sog. Auskunfteien. Das B.G.B. behandelt diese Art der Auskunftserteilung in den §§ 676 und 824.

Anders dagegen bei den auf dem Gesetz unmittelbar beruhenden Auskunftsansprüchen. Das B.G.B. enthält zahlreiche Bestimmungen, die eine Pflicht zur Auskunftserteilung vorschreiben, und zwar im Rahmen der verschiedensten Schuldverhältnisse. Allen diesen gesetzlichen Auskunftsansprüchen ist eins gemeinsam: die Pflicht zur Auskunftserteilung besteht nie um ihrer selbst willen. Sie ist vom Gesetzgeber stets als eine Nebenverpflichtung begründet, als ein Mittel zum Zweck, das den eigentlichen, den Hauptanspruch vorbereiten und seine Durchführung sichern soll. Es handelt sich immer um solche Fälle, in denen der Berechtigte zwar einen Leistungsanspruch hat, aber ohne Mitwirkung des Schuldners nicht in der Lage ist, festzustel-

[1]) Vergl. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 2. Band § 260, Bem. 1 am Ende; Schultzenstein in D.J.Z. 1916, Sp. 662.

len, welches tatsächlich der Inhalt dieses Anspruchs ist. Da aber der Schuldner häufig nicht geneigt sein wird, freiwillig dem Gläubiger die erforderlichen Unterlagen zu liefern, hat der Gesetzgeber dem Gläubiger den Anspruch auf Auskunftserteilung gegen den Schuldner gegeben und ihn damit in die Lage versetzt, sich über Inhalt und Umfang seines Hauptanspruchs selbst vergewissern zu können.

Natürlich kann auch auf Grund vertraglicher Vereinbarung die Pflicht zur Auskunftserteilung als Nebenverpflichtung erscheinen. Diese Fälle werden aber selten sein, da überall da, wo ein Bedürfnis für ein auch zwangsweise durchsetzbares Recht des Gläubigers auf Erteilung zweckentsprechender Auskunft vorhanden ist, der Gesetzgeber bereits durch den Erlaß entsprechender Vorschriften Vorsorge getroffen hat.

Man bekommt einen Ueberblick über die mannigfachen Fälle gesetzlicher Auskunftspflicht im B.G.B., wenn man sie in bestimmte Gruppen einteilt, was sich unschwer durchführen läßt. In seiner Schrift „Die Auskunftspflichten des B.G.B." nimmt Hübner eine solche Einteilung vor. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist für ihn hierbei der Anlaß, der nach dem Willen des Gesetzgebers die Auskunftspflicht im Einzelfalle schafft.

Dies ist in erster Linie der Fall bei Abschluß aller auf die Veräußerung oder Belastung gerichteten Schuldverträge, vornehmlich beim Kauf[2]). Wie der Verkäufer hat jeder andere, der sich entgeltlich zur Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes verpflichtet, nach Maßgabe des § 443 Auskunft zu erteilen[3]). Die gleiche Verpflichtung trifft den, der einen Gegenstand tauscht oder verschenkt[4]). Eine Auskunftspflicht entsteht ferner bei Abschluß aller auf die Uebertragung eines Rechts gerichteten Verträge, mag es sich nun um Forderungen[5]) oder um andere Rechte handeln[6]) nicht minder auch bei gesetzlichem Uebergang solcher Rechte[7]). Alle die soeben in Betracht gezogenen Fälle faßt Hübner a. a. O. in einer Gruppe zusammen und bezeichnet diese Art Auskunft als „Veräußerungsauskunft".

Zahlreich sind ferner die Fälle, in denen das Gesetz demjenigen eine Auskunftspflicht auferlegt, der fremde Angelegenheiten besorgt, insbesondere fremde Vermögen verwaltet, z. B. bei Erledigung eines Auftrags[8]), bei der auftragslosen Geschäftsführung[9]), bei der Verwaltung des eingebrachten Gutes durch den Ehemann[10]), bei der Führung

---

[2]) § 444 B.G.B.
[3]) § 445 B.G.B.
[4]) §§ 515, 523, Abs. II B.G.B.
[5]) § 402 B.G.B.
[6]) § 413 B.G.B.
[7]) § 412 B.G.B.
[8]) § 666 B.G.B.
[9]) § 681 B.G.B.
[10]) § 1374 B.G.B.

der Vormundschaft[11]). Diese verschiedenen Fälle mit ähnlichem Tatbestand faßt Hübner a. a. O. in einer zweiten Gruppe unter der gemeinsamen Bezeichnung „Geschäftsbesorgungsauskunft" zusammen.

Die dritte Gruppe schließlich enthält einige Fälle besonderer Art, die sich weder der ersten noch der zweiten Gruppe einreihen lassen. Sie werden, wie Hübner[12]) bemerkt, nur soweit durch ein gemeinsames Band zu einer Kategorie für sich zusammengehalten, als es sich bei allen um außerordentliche, des praktischen Bedürfnisses wegen vorgeschriebene Rechtspflichten handelt. Zu dieser Gruppe sind vornehmlich die hier zu behandelnden erbrechtlichen Auskunftsansprüche zu rechnen.

Inhalt und Umfang der Auskunftspflicht sind naturgemäß in jedem einzelnen Falle verschieden. Die in Frage kommende Gesetzesvorschrift gibt stets nur an, in welcher Richtung sich die zu erteilende Auskunft zu erstrecken hat.

Die Fälle, in denen eine Pflicht zur Auskunftserteilung kraft Gesetzes besteht, sind erschöpfend aufgezählt und es muß hieraus der auch in der Literatur und Rechtsprechung wiederholt ausgesprochene Grundsatz entnommen werden, daß das B.G.B. eine allgemeine Auskunftspflicht des Schuldners nicht kennt[13]). Nach geltendem Recht hat der Schuldner als Beklagter grundsätzlich zunächst die günstigere Position insofern inne, als der Kläger das Bestehen seines Anspruchs nachweisen muß, d. h. m. a. W. der Kläger muß sich die zur Durchführung seines Anspruchs erforderlichen Unterlagen selbst beschaffen. Besteht aber eine Auskunftspflicht für den Schuldner, dann bedeutet das zumeist, daß der Schuldner Auskunft gegen sich selbst erteilen muß zur Ermittlung der die von ihm bestrittene Verpflichtung begründenden Tatsachen. Dies wird man dem Beklagten nur unter ganz besonderen Umständen zumuten dürfen. Es ergibt sich hieraus der Ausnahmecharakter aller der Vorschriften, die eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung enthalten. Ausnahmevorschriften sind aber stets eng auszulegen und deshalb muß man besonders vorsichtig zu Werke gehen bei der Konstruktion einer Auskunftspflicht auf Grund einer Analogie oder gestützt auf die Vorschriften über Treu und Glauben im Rechtsverkehr.

---

[11]) § 1839 B.G.B.

[12]) a. a. O. S. 16.

[13]) Anm. zu § 260 bei Planck, Kommentar zum B.G.B., J.W. 1912, 72; Gruchot 51, 899; „Recht" 1907, S. 1314, Nr. 3270; R.G. in „Recht" 1912, Nr. 127; siehe aber ferner Staudinger § 260, Bem. 1: Wohl aber gewährt die neuere Rechtsprechung mit Fug nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Recht auf Auskunft in solchen Fällen, in denen die Auskunft die Verfolgung eines Rechts gegenüber dem Verpflichteten außerordentlich erleichtert oder gar überhaupt erst ermöglicht und in denen der Berechtigte notwendiger- oder entschuldbarerweise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, der Verpflichtete aber ohne Schwierigkeiten Auskunft geben kann. R.G.Z. 108, S. 5 ff.

Der Anspruch auf Auskunftserteilung ist wie jeder Anspruch grundsätzlich vererblich. Er ist Bestandteil des Vermögens und geht so, wie er in der Person des Erblassers bestanden hat, auf den Erben über. Eine Abhandlung, die es sich, wie die vorliegende, zur Aufgabe macht, die Ansprüche des Erben auf Auskunft zu besprechen, müßte daher, streng genommen, alle Auskunftsansprüche behandeln, die das geltende Recht überhaupt kennt, da sie alle kraft der Erbfolge zu Auskunftsansprüchen des Erben im weiteren Sinne werden können. Dies ist hier jedoch nicht beabsichtigt. Die vorliegende Arbeit wird sich vielmehr lediglich mit den Ansprüchen auf Auskunft befassen, die in der Person des Erben mit dem Erbfall zur Entstehung kommen, also den besonderen erbrechtlichen Auskunftsansprüchen. Von den übrigen, bereits in der Person des Erblassers möglicherweise begründeten und von dem Erben nur ererbten Ansprüchen auf Auskunft soll hier nicht die Rede sein. Alle diejenigen Ansprüche auf Auskunftserteilung, die das Gesetz auch auf anderen Gebieten als dem des Erbrechts in einer ganzen Reihe von Fällen gewährt[14]), werden nicht in den Kreis der Erörterung einbezogen werden; und von den besonderen erbrechtlichen Auskunftsansprüchen wiederum werden unter Fortlassung insbesondere der gegen den Erben selbst gerichteten nur diejenigen einer näheren Untersuchung unterzogen werden, zu deren Geltendmachung der Erbe als solcher und die an seiner Stelle zum rechtswirksamen Handeln Berufenen aktivlegitimiert sind.

Gegenstand der Darstellung werden demnach im wesentlichen die in den §§ 2027, 2028, 2030, 2057, 2127 und 2362, Abs. II B.G.B. enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen sein.

Mit Ausnahme des § 2057 haben diese Vorschriften, was bereits oben hinsichtlich der gesetzlichen Auskunftsansprüche allgemein hervorgehoben wurde, alle einen gleichen Zweck: sie sollen die Ansprüche, mit denen der Erbe das ihm durch den Erbfall angefallene Gut verfolgt, vorbereiten und ihn davor schützen, „daß die Erbschaft, bevor er sie in Besitz und Obhut nehmen kann, verzettelt und die einzelnen Vermögensbestandteile damit seinem Herausgabeanspruch entzogen werden"[15]).

Mit dem Erbfall wird der Erbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Eigentümer der Nachlaßgegenstände und auch ohne tatsächliche Besitzergreifung[16]) Besitzer der zum Nachlaß gehörigen körperlichen Sachen. Jeder Eingriff in diesen Besitzstand stellt sich ihm gegenüber als verbotene Eigenmacht dar. Zum Verfolg seiner Rechte gibt das Gesetz ihm gegen denjenigen, der auf Grund vermeintlichen Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, den besonders gearteten Erbschaftsanspruch. Daneben kann er jederzeit die petitorischen und

[14]) Vergl. die Zusammenstellung bei Schultzenstein in D.J.Z. 1916, Sp. 266.
[15]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 3, 8. u. 9. Aufl., § 151, I.
[16]) § 857 B.G.B.

possessorischen Einzelansprüche[17]) geltend machen. Alle diese Ansprüche sind aber für ihn praktisch wertlos, wenn er nicht genau weiß, worauf er sie richten soll, weil er nicht schlechthin Klage auf Herausgabe der Nachlaßsachen erheben kann, sondern nach § 253 Z.P.O. in seinem Klageantrag die Gegenstände, deren Herausgabe er vom Beklagten verlangt, genau bezeichnen muß. Er kann sich hier nur helfen, indem er von seinem Recht auf Auskunfterteilung Gebrauch macht, das ihm der Gesetzgeber in weitem Umfang eingeräumt hat.

§ 2.

Die besonderen Auskunftsansprüche des Erben.

Die gesetzlichen Vorschriften, mit denen sich die vorliegende Abhandlung des näheren befassen soll, sind bereits genannt worden. Durch sie wird ein bestimmter Kreis von Personen verpflichtet, den Erben über den Umfang der ihm kraft Erbfolge angefallenen Erbschaft ins Bild zu setzen. Zu ihnen gehört in erster Linie der Erbschaftsbesitzer. Er hat dem Erben nach § 2027, I Auskunft über den Bestand der Erbschaft, sowie über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände zu erteilen. Der gleiche Anspruch steht dem Erben gegen den zu, der eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat[1]).

Wer die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, steht im Verhältnis zum Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich. Das bedeutet, daß ein solcher Erwerber dem Erben in gleichem Umfang Auskunft zu erteilen hat, wie ein Erbschaftsbesitzer[2]). Eine Auskunftspflicht des gleichen Inhalts liegt gegenüber dem Erben ferner demjenigen ob, dem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist[3]).

Einen etwas anderen Inhalt hat die Auskunft, die der Erbe von dem zu verlangen berechtigt ist, der sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat. Ein solcher muß nicht nur angeben, was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist, sondern auch, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat[4]). Auskunft über den Bestand der Erbschaft kann der Nacherbe von dem Vorerben dann verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt[5]).

Zu erwähnen ist schließlich noch die aus dem Rahmen der soeben genannten Vorschriften herausfallende Bestimmung des § 2057, wo-

---

[17]) §§ 985, 861, 864, 1007 B.G.B.
[1]) § 2027 Abs. II B.G.B.
[2]) § 2030 B.G.B.
[3]) § 2362 Abs. II B.G.B.
[4]) § 2028 B.G.B.
[5]) § 2127 B.G.B.

nach jeder Miterbe verpflichtet ist, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendungen zu erteilen, die er nach den §§ 2050 bis 2053 zur Ausgleichung zu bringen hat. Dieser Auskunftsanspruch paßt insofern nicht in den Kreis der übrigen hinein, als er nicht der unmittelbaren Vorbereitung eines Herausgabeanspruchs dient, sondern bezweckt, die Erfüllung der Ausgleichspflicht unter den Miterben zu sichern.

Zur Vervollständigung der soeben gegebenen allgemeinen Uebersicht über die Ansprüche des Erben auf Auskunft muß auch noch auf die Vorschrift des § 260 hingewiesen werden. Hiernach hat derjenige, der verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Die Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses bedeutet nichts anderes als schriftliche Auskunfterteilung über eben diesen Bestand. Berücksichtigt man, daß nach den in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der Begriff „Inbegriff von Gegenständen" außerordentlich weit zu fassen ist[6]) und daß nach § 260 in allen Fällen, wo ein solcher Inbegriff herauszugeben ist, die Vorlage eines schriftlichen Bestandsverzeichnisses verlangt werden kann, dann wird hierdurch eine ziemlich weit greifende Auskunftspflicht konstatiert. Jedoch kann eine allgemeine Auskunftspflicht des Schuldners auch aus dieser Vorschrift nicht gefolgert werden.

Besteht Grund zu der Annahme, daß das nach § 260 zu erteilende Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Herausgabe- bezw. Auskunftspflichtige auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

Die Vorschrift des § 260 findet in den Fällen der §§ 2027, 2030, 2127 und 2362 unmittelbare, und im Fall des § 2057 kraft positiver Gesetzesvorschrift entsprechende Anwendung. Im § 2028 ist der Anspruch des Erben auf Ableistung des Offenbarungseides unter gleichen Voraussetzungen anerkannt, und zwar ist der Eid dahin zu leisten, daß der Pflichtige seine Angaben nach bestem Wissen so vollständig gemacht habe, als er dazu imstande sei.

---

[6]) So Mot. II S. 894, ferner Planck zu § 260: „Unter einem Inbegriff versteht § 260 nicht nur die Sachgesamtheiten, wie z. B. Herde, Bibliothek, sondern überhaupt eine Mehrheit von Gegenständen, die herauszugeben oder über die Auskunft zu erteilen, jem. auf Grund desselben Rechtsverhältnisses verpflichtet ist und die einzeln zu bezeichnen der Berechtigte nach der Natur des betr. Verhältnisses regelmäßig nicht imstande ist. Vorauszusetzen ist indessen immer, daß die Verpflichtung zur Herausgabe der mehreren Gegenstände auf einem gemeinschaftlichen besonderen Rechtsgrunde beruht." — Goldmann-Linienthal, das bürgerl. Gesetzbuch 1. Band, 1903, zu § 260; Oertmann, Komm. zum B.G.B. 5. Auflage, 2. Buch, 1928, Bem. 2 zu § 260; Staudinger, a. a. O. § 260, 1a R.G. in J.W. 09, 192; 13, 130.

II. Abschnitt:

Die verschiedenen Träger des Auskunftsrechts.

§ 3.

Erbe, vorläufiger Erbe, Vorerbe, Nacherbe und Miterbe.

Mit Ausnahme der §§ 2057 und 2127 ist in den zuvor angezogenen Gesetzesvorschriften als Berechtigter des Anspruchs auf Auskunftserteilung schlechthin der Erbe bezeichnet. Gemeint ist hiermit natürlich der wahre Erbe, d. h. der entweder durch Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag), oder auf Grund gesetzlicher Erbfolge Berufene.

Daß auch der vorläufige Erbe die Auskunftsansprüche geltend machen kann, ist selbstverständlich. Denn auch der vorläufige Erbe ist Erbe, nur ist es bei ihm, solange er das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, noch nicht verloren hat, ungewiß, ob er auch Erbe bleiben wird. Bedenkt man, daß ein zur Erbfolge Berufener die Entscheidung, ob er von seinem Ausschlagungsrecht Gebrauch machen soll, häufig von der Größe der ihm angefallenen Erbschaft abhängig machen wird, dann gewinnen die Ansprüche auf Auskunft gerade für einen solchen vorläufigen Erben ganz besondere Bedeutung. Nach der Ausschlagung hat der Erbe kein Recht auf Auskunftserteilung mehr. Ebenso selbstverständlich ist, daß der Vorerbe in den gedachten Fällen Auskunft verlangen kann.

Der Nacherbe ist bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht Erbe, sondern hat lediglich ein Anwartschaftsrecht auf den Anfall der Erbschaft[1]). Infolgedessen kann er bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht die einem Erben als solchen zustehenden Rechte auf Auskunftserteilung gegen Dritte geltend machen[2]). Anders nach Eintritt des Nacherbfalls. Der Nacherbe wird in diesem Augenblick Erbe nach dem Erblasser des Vorerben mit allen diesem nach dem Gesetz zustehenden Befugnissen.

Auch der Miterbe ist Erbe. Allerdings ist er in der Ausübung der dem Erben zustehenden Rechte beschränkt durch die Rechte der neben ihm zur Erbfolge Berufenen. Daß sich sein Auskunftsbegehren sowohl gegen Dritte wie auch gegen die übrigen Miterben richten kann, soll später dargestellt werden.

---

[1]) Kipp, Erbrecht, 2. Bd. 3. Abt. des Lehrb. des Bürg.R. v. Enneccerus, Kipp, Wolff, § 92, I; Fr. Leonhard, Komm. 2. Aufl., 5. Bd. § 2108, V; Endemann, Lehrb. des bürg. R. 8. 9. Aufl., 3. Bd. § 52, IV.

[2]) Vergl. Endemann, Lehrb. a. a. O. § 152, Ia 2. Ueber das besondere Auskunftsrecht des Nacherben gegen den Vorerben siehe unten S. 62.

Nun gibt es noch eine Reihe von Personen, die, auch ohne vom Erben ausdrücklich dazu ermächtigt zu sein, ja unter Umständen auch gegen seinen Willen, berechtigt sind, die diesem zustehenden Ansprüche auf Auskunft geltend zu machen[3]).

§ 4.

Erbschaftskäufer.

Es war bereits darauf hingewiesen worden, daß der gesetzliche Auskunftsausspruch nur ein vorbereitender Hilfsanspruch ist. Er steht aber als selbständiger Anspruch neben dem Hauptanspruch, beispielsweise dem Erbschaftsanspruch. Er könnte daher ohne diesen selbständig abgetreten werden[1]). Praktisch wird dies selten vorkommen, da der Auskunftsanspruch nur in der Hand dessen von Bedeutung ist, der zugleich auch über den Hauptanspruch verfügt. Andererseits folgt aus der Selbständigkeit des Auskunftsanspruches, daß er bei einer Zession des Erbschaftsanspruches nicht ohne weiteres auf den Zessionar mitübergeht, sondern gleichfalls abgetreten werden muß. Will daher der Erbschaftskäufer die dem Erben zustehenden Auskunftsansprüche geltend machen, so muß er sie sich zuvor ebenso abtreten lassen, wie den Erbschaftsanspruch selbst[2]).

Anders derjenige, der durch Vertrag gemäß § 2033 den Anteil eines Miterben vor der Auseinandersetzung erwirbt. Zwar wird hier der Erwerber nicht (Mit-)Erbe anstelle des Veräußernden, er tritt aber auf Grund des Vertrages in die Rechtsstellung ein, die der veräußernde Miterbe innehatte[3]). Da es sich hierbei um eine Veräußerung des Anteils des Miterben als solchen und nicht um eine Veräußerung des Anteils an den einzelnen Erbschaftsgegenständen handelt, finden Einzelübertragungsakte wie beim Erbschaftskauf nicht statt. Kraft Universalsukzession wird der Erwerber ohne weiteres Inhaber der dem Miterben zustehenden Rechte, also auch seiner Auskunftsansprüche. In demselben Umfang, in dem sie dem Miterben zu Gebote standen, kann auch der Erwerber sie geltend machen[4]). Eine

---

[3]) Daß auch der Fiskus, falls ihm gemäß § 1936 oder § 1964, 1965 B.G.B. eine Erbschaft anfällt, die Ansprüche auf Auskunftserteilung hat, folgt daraus, daß er, abgesehen von einigen Sonderbestimmungen, grundsätzlich die gleiche rechtliche Stellung einnimmt, wie ein Erbe.

[1]) So auch Hellwig Anspruch und Klagerecht S. 65; a. A. Endemann, Lehrbuch § 151, Ia.

[2]) Vergl. Planck, Komm., 5. Bd., § 2018, 1a; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 1906, S. 550. — Der veräußernde Erbe ist zur Abtretung verpflichtet. § 2374 B.G.B In der Regel wird die Abtretung als stillschweigend mitvereinbart zu gelten haben. Ferner Staudinger, § 2018, III A; Planck, § 2018 Bem. 1; Strohal, Das dtsch. Erbrecht auf der Grundlage des B.G.B., § 94, II, 1; Kretzschmar, Das Erbrecht des dtsch. B.G.B., § 69.

[3]) Kipp, Erbrecht, § 82, VIII.

[4]) Vergl. Endemann, Lehrb. § 152, Ia 3 und § 137, IV, b 2; derselbe in J.W. 1910, S. 93.

Beschränkung in dieser Hinsicht wäre unbillig und auch durch keine Gesetzesvorschrift zu rechtfertigen.

§ 5.

Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter und Testamentsvollstrecker.

Es ist in diesem Zusammenhang weiter noch von bestimmten Persönlichkeiten zu reden, denen das Gesetz eine besondere Stellung im Verhältnis zum Erben wie auch zum Nachlaß und dessen Gläubigern einräumt. Es sind dies der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentsvollstrecker.

Das Gesetz bestimmt im Einzelnen ihre Aufgaben und umgrenzt auch ihre Befugnisse. Hier handelt es sich um die Frage: sind die eben genannten Personen kraft ihrer besonderen Stellung berechtigt, die dem Erben zustehenden Ansprüche auf Auskunftserteilung geltend zu machen?

Eine Gesetzesvorschrift, die diese Frage in dem einen oder anderen Sinne positiv entscheidet, findet sich nicht. In Frage käme höchstens § 2222. Dieser regelt aber einen ganz speziellen Fall und irgendwelche allgemeine Bedeutung kommt ihm daher nicht zu. Auf Grund dieser Vorschrift kann nämlich der Erblasser einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zweck ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt. Zu diesen Rechten des Nacherben gehört auch der Anspruch auf Auskunftserteilung gegen den Vorerben nach Maßgabe des § 2127. Für das hier aufgeworfene Problem könnte diese Gesetzesstelle nur insoweit Bedeutung haben, als aus ihr ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber jedenfalls die Möglichkeit anerkennt, daß Individualrechte des Erben — als solches stellt sich das Auskunftsrecht dar — an seiner Stelle auch von zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Personen ausgeübt werden können.

§ 2364, II enthält eine Vorschrift, aus der vielleicht ein Schluß im verneinenden Sinne gezogen werden könnte. Aber auch dieser Paragraph betrifft nur einen bestimmten Fall. Er bestimmt, daß, falls ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, diesem das Recht zusteht, von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Man könnte nun so argumentieren: Daraus, daß in § 2364, II dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich nur die Ausübung des in § 2362 Abs. I enthaltenen Erbenrechtes eingeräumt ist, folgt, daß er zur Ausübung des in § 2362 Abs. II enthaltenen Rechtes auf Auskunftserteilung nicht befugt ist. Dies kann nicht für zutreffend erachtet werden[1]). Noch weniger kann aber hier-

[1]) Näheres hierüber bei d. Bespr. d. § 2362, u. S. 58.

aus allgemein der Schluß gezogen werden, daß nur auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift die nach dem Gesetz zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Personen befugt wären, Individualrechte des Erben an dessen Stelle auszuüben. Es ist vielmehr ein ebenso selbstverständlicher wie notwendiger Grundsatz, daß alle Individualbefugnisse des Erben, soweit sie die Fürsorge für die Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses betreffen, auch von den Personen ausgeübt werden können, die nach dem Gesetz im Einzelfalle zur Verwaltung des Nachlasses berufen sind, sei es im Interesse der Nachlaßgläubiger, sei es im Interesse des Erben selbst. Dem Gesetzgeber erschien das so selbstverständlich, daß er es durch eine besondere Vorschrift nicht mehr angeordnet hat.

Mit dem soeben aufgestellten Grundsatz haben wir schon die Lösung der zuvor gestellten Frage in unserem Sinne angedeutet. Daß der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentsvollstrecker, sofern letzterem die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist, zur Ausübung der dem Erben zustehenden Rechte auf Auskunftserteilung befugt sind, wird heute in Literatur und Rechtsprechung wohl allgemein anerkannt[2]), nur in der Begründung weichen die einzelnen Meinungen voneinander ab.

Die hier aufgeworfene Frage hängt aufs engste mit der nach der Berechtigung der genannten Personen zur Geltendmachung des dem Erben auf Grund des § 2018 zustehenden Erbschaftsanspruches zusammen, und beide Fragen werden zumeist auch einheitlich beantwortet. Der Zusammenhang zwischen dem Erbschaftsanspruch und dem Anspruch auf Auskunft nach § 2027, Abs. I ist ja ohne weiteres ersichtlich. Dasselbe gilt aber auch hinsichtlich der Auskunftsansprüche auf Grund der §§ 2027, Abs. II 2028, 2030, die ja alle drei mit den Abschnitt über den Erbschaftsanspruch aufgenommen sind. Würde man den Verwaltern des Nachlasses die Berechtigung zur Geltendmachung sowohl des Erbschaftsanspruches wie auch der Auskunftsansprüche absprechen, so würde das zur Folge haben, daß der Erbschaftsbesitzer und die sonstigen Inhaber von Nachlaßgegenständen und die Hausgenossen des Erblassers bei Bestehen einer Nachlaßverwaltung oder bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers u. U. günstiger gestellt wären, als wenn dies nicht der Fall wäre und der Erbe seine Rechte selbst ausübte. Ein solches Ergebnis wäre in keiner Weise gerechtfertigt. Man sieht also daraus, wie notwendig eine Beantwortung der eingangs gestellten Frage im bejahenden Sinne ist. Es handelt sich jetzt nur darum, eine Begründung zu geben, die im Gesetz eine Stütze findet.

---

[2]) Z. B. Endemann, Lehrbuch, § 151, Anm. 2 und § 152 I b. Dernburg, Das bürgerliche Recht 3, 5. Band, § 154; Hellwig a. a. O. S. 77; Strohal a. a. O. § 94, Anm. 2; Binder, Die Rechtsstellung des Erben, III. Teil, S. 378.

Anlaß zu der unterschiedlichen Begründung, die die Frage in der Literatur gefunden hat, gab einmal die strittige Auffassung von der rechtlichen Stellung der zuvor näher benannten Verwalter des Nachlasses zum Erben, sowie ferner die nicht minder streitige Frage nach der Zugehörigkeit der dem Erben als solchem zustehenden Ansprüche zum Nachlaß. Es ist klar, daß diejenigen Schriftsteller, die den Nachlaßpfleger, den Nachlaßverwalter, den Nachlaßkonkursverwalter und den Testamentsvollstrecker schlechthin als gesetzliche Vertreter des Erben, bezw. desjenigen, der sich als der wahre Erbe herausstellt, ansehen, überhaupt in keine Schwierigkeiten kommen. Denn als Vertreter sind die Genannten ohne weiteres befugt, die dem Erben zustehenden Ansprüche geltend zu machen, allerdings im Namen des Erben. Die Frage, ob diese Ansprüche zum Nachlaß gehören oder nicht, ist hier ohne praktische Bedeutung.

Dieser Auffassung kann nur insoweit beigetreten werden, als es sich um den Nachlaßpfleger handelt. Die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft gehört zu denjenigen fürsorglichen Maßnahmen, die das Nachlaßgericht zu treffen hat, wenn ein Bedürfnis vorhanden ist, bis zur Annahme der Erbschaft durch den Erben für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, wie auch dann, wenn der Erbe unbekannt ist oder nicht bekannt ist, ob er die Erbschaft angenommen hat[3]). Die Nachlaßpflegschaft ist aufs engste verwandt mit den im Familienrecht erwähnten Arten der Pflegschaft und tritt als weiterer besonderer Fall zu den dort geregelten Pflegschaften hinzu. Dies ergibt schon § 1962, wonach bei der Nachlaßpflegschaft an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht tritt. Gemäß § 1915 finden auf die Pflegschaft allgemein die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Damit ist die Verbindung zwischen der Pflegschaft und der Vormundschaft hergestellt. Es genügt nunmehr der Hinweis auf § 1793, um zu erkennen, daß die Behauptung der Vertretereigenschaft des Pflegers in den gesetzlichen Vorschriften unmittelbar ihre Bestätigung findet, und zwar, wie der Vormund den Mündel, so vertritt der Nachlaßpfleger kraft Gesetzes den, der sich endgültig als der wahre Erbe herausstellt. Rechtsverbindliche Erklärung gibt der Nachlaßpfleger daher stets im Namen des oder der Erben ab[4]). Mit dieser Feststellung ist, wie bereits

[3]) § 1960 B.G.B.

[4]) Ebenfalls als Vertreter des Erben sehen den Nachlaßpfleger an: Kipp a. a. O. § 58; Crome, System des bürgerl. Rechts, 5. Band, 1912, § 671, 2; Planck a. a. O. Vorbem. III, 5a vor § 1942; Fr. Leonhard a. a. O. § 1960, V, A; Staudinger a. a. O. § 1960, 4 b; Boschan, die Nachlaßsachen in d. gerichtl. Praxis 1905, S. 35; Endemann, Grundrisse der Rechtswissenschaft 1923, V. Band, § 37, II, b; Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung 1901; § 204; Weißler, Nachlaßverfahren, 1920, S. 118; ferner R.G.Z. 65, 288; 76, 125; J.W. 31, 44. Abweichend: Siber, Grundrisse zu Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht, 5. Band 1928 S. 110, der die Nachlaßpflegschaft ebenso, wie die (unten zu besprechende) Testamentsvollstreckung als „Organisation mit formeller Parteifähigkeit" ansieht.

oben erwähnt, die Frage, ob der Nachlaßpfleger zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruches, insbesondere der dem Erben zustehenden Auskunftsansprüche aktivlegitimiert ist, im bejahenden Sinne entschieden.

Anders verhält es sich mit dem Nachlaßverwalter und dem Nachlaßkonkursverwalter. Um die Rechtsnatur ihrer Stellung zu den Beteiligten sind in der überaus reichhaltigen Literatur zu dieser Frage die verschiedensten Ansichten bekämpft und verteidigt worden[5]). Ausführlich auf die einzelnen Gründe und Gegengründe einzugehen, würde an dieser Stelle zu weit führen. Hier interessiert nur die Ansicht, die im Ergebnis am meisten befriedigt und das ist die, wonach die genannten Personen weder Vertreter des Erben, noch der Gläubiger, noch der Nachlaßmasse, als eines selbständigen Rechtssubjektes sind, sondern ihre Befugnis zu rechtswirksamem Handeln aus dem ihnen mit der Bestellung zu Nachlaßverwaltern bezw. Nachlaßkonkursverwaltern übertragenen „Amt" herleiten. Dieser, jetzt als herrschend anzusprechenden Ansicht hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen, unter Aufgabe des früher vertretenen Standpunktes, wonach die gedachten Personen als Vertreter des Erben angesehen werden sollten.

---

[5]) Zur Orientierung über den Stand der Literatur möge folgende Uebersicht dienen:

Als Vertreter des Gemeinschuldners bezw. des Erben sehen den Konkursverwalter (Nachlaßverwalter) an: Jaeger, Komm. zur K.O., 6./7. Auflage 1931, § 6, Anm. 1—17; Petersen, Sächs.A. 1, S. 11 ff.; ders. Z.Z.P. 18, S. 41 ff.; Petersen-Kleinfeller, Dtsch. K.O., 4. Aufl., 1900, Anm. III zu § 6; Wengler, K.O., S. 92; Fitting, Reichskonkursrecht u. Konkursverfahren, 3. Aufl. 1904, § 5, Anm. 8, 10; Fuchs, Der deutsche Konkursprozeß, S. 103; Wilmowski, K.O. 6. Aufl. 1906, Vorbem. 3 e vor § 1; Endemann, Konkursverfahren, 1889, S. 423; Mandry-Geib, Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl. 1898, S. 122, 551 f.; W. Kisch, Grundriß des Konkursrechts, 7. Aufl. 1929, S. 51 f.; Düringer-Hachenburg, H.G.B., 2. Aufl. § 1, Anm. 49; Schollmeyer, Zwischenstreit, 1880, S. 97 f.; Lobe, Unlauterer Wettbewerb I, 1907, S. 208, 220; Voß, Arch.Ziv.Pra. 71, S. 785; Th. Wolff, Absonderungsrecht, S. 154 ff.; ders. Z.Z.P. 22, S. 207 ff.; ders. K.O. 2. Aufl. 1921, § 6, Anm. 6; Fuchs, Gruch. 38, 241 ff., 262 ff., 548 ff., 585 ff.; v. Thur, Allg.T. I, 1910, S. 333, 346; Nielsen, Rechtsstellung des Gemeinschuldners, Rost. Diss. 1910, S. 82 ff.; E. Bley, Feststellung des Konkursgläubigerrechts, 1914, S. 28 f.; Männer, L.Z. 1916, Sp. 504; Hein, Identität der Parteien, II, 1925, S. 30 f.; Reinhard, Z.Bl. F. G., 20, 105; Förster Kann, Z.P.O., 3. Aufl. I, S. 171.

Als Vertreter der Gläubiger sehen sie an: Canstein, Grünhut, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, 9, 465 ff.; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, S. 399 ff.

Teils als Vertreter des Gemeinschuldners, teils — namentlich in Anfechtungsprozessen — als Vertreter der Gläubiger sehen sie an: A. S. Schultze, Dtsch. Konkursrecht in seiner jur. Grundlage, 1880, S. 36 ff., 64 ff.; Wach, Handbuch I, S. 542 ff.; Otto, Anfechtung, S. 156; Cosack, Anfechtungsrecht, S. 234; Binder, Rechtsstellung, § 20, Note 35, § 25, Note 33; Rosenthal, Sachlegitimation, 1903, S. 68 ff.; Voigt,

Gelegenheit zur Stellungnahme bot dem Reichsgericht zum ersten Mal ein Fall, bei dem es sich darum handelte, festzustellen, ob der Gemeinschuldner — im Nachlaßkonkurs also der Erbe — in einem Rechtsstreit, den ein Gläubiger gegen den Konkursverwalter auf Feststellung einer Konkursforderung erhoben hatte, als Zeuge vernommen werden dürfte. Die Frage wurde bejaht[6]). In einem anderen Fall stand zur Entscheidung die Frage, ob dem Nachlaßverwalter das Armenrecht, das er als Vertreter des von ihm verwalteten Nachlasses nachgesucht hatte, bewilligt werden könne. Das Reichsgericht hat dies abgelehnt[7]).

Im ersten Fall geschah die Ablehnung im wesentlichen mit der Begründung, daß die Funktionen des Konkursverwalters über den Kreis der rechtlichen Befugnisse des Gemeinschuldners hinausgingen und daher die Annahme einer gesetzlichen Vertretung abzulehnen sei. Ist aber der Gemeinschuldner nicht Partei, so steht seiner Vernehmung als Zeuge kein rechtliches Hindernis im Wege. Hinsichtlich des Nachlaßverwalters führt das Reichsgericht in der zweiten Entscheidung aus, daß seine Stellung analog der des Konkursverwalters gestaltet sei, und es konnte daher auf seine ständige Rechtsprechung hinsichtlich des letzteren verweisen[8]). Man bezeichnet die Theorie, die sich im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts gebildet hat, wohl auch als „Amtstheorie", im Gegensatz zu der

---

Einfluß des Konkurses auf schwebende Prozesse, 1903, S. 1 ff., 97 ff.; Grützmann, Anfechtungsrecht, S. 212 f.; Biermann Z.Z.P. 34, 519.

Als Vertreter der Masse sehen sie an: v. Völderndorf, Dtsch. Konkursrecht, 2. Aufl. 1882, I, S. 40 f.; Stieglitz, K.O., 1879, S. 41; Hellwig, Anspruch, § 73; ders. Lehrbuch, §§ 44, 46, 47; Ekkius Gruch. 36, 897; Leonhard, Allg. Teil des B.G.B. 1900, S. 110, rechnet die Konkursmasse zu den „verkannten juristischen Personen".

Als Vertreter der „Amtstheorie" sind zu nennen: Crome, § 727, III, 1; Strohal, Erbrecht, § 79, Note 25 ff.; Lippmann in Iherings Jahrb. 41, S. 112 f.; Liebe, Sächs.A. 11, 544; Endemann, Grundrisse, § 45, IIIc; ders. Lehrbuch, § 125, Va und § 127, Anm. 27; Sarwey-Bossert, K.O. 1901, 4. Aufl. Bem. 5 zu § 6; Dernburg (Engelmann) § 130, Anm. 12; Stein-Jonas, Z.P.O. 13. Aufl., Vorbem. I vor § 50; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 1927, S. 97; Struckmann-Koch, Z.P.O. 9. Aufl. § 52, Anm. 3; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, I, S. 25, 51, 112, 314; Fischer, Z.Z.P. 10, 436; Stegemann, Z.Z.P. 17, 330; Thiele, Gruch. 39, 601; Bunsen, Z.Z.P. 26, 253; Kiehl Z.Z.P. 30, 291 ff.; und das Reichsgericht jetzt in ständiger Rechtspr. R.G.Z. 35, 31; 47, 373; 52, 333, 54, 122; 55, 266; 65, 289; 66, 113; 72, 271; 81, 292; 97, 109.

[6]) R.G.Z. 29, 29.

[7]) R.G.Z. 65, 287 = J.W. 1907, 262.

[8]) Die Verweigerung des Armenrechts für die prozessierenden Vermögensverwalter wird damit begründet, daß gesagt wird, sie seien im Prozeß, den sie für die von ihnen verwalteten Vermögensmassen führen, Partei kraft Amtes und infolgedessen zur Kostentragung nicht verpflichtet; eine Bewilligung des Armenrechts aus Gründen ihrer Person scheide daher aus. Eine Gewährung aus Gründen in der Person des Gemeinschuldners oder des Erben entfalle aber, weil dieser durch die amtlichen Verwalter des Nachlaßvermögens nicht vertreten werden, also nicht Partei sei.

auch heute noch zahlreiche Anhänger aufweisenden „Vertretertheorie“[9]).

Daß die Stellung des Nachlaßverwalters der des Konkursverwalters angeglichen ist und nicht der des Nachlaßpflegers, ist fraglos richtig[10]), wenn auch das Gesetz[11]) die Nachlaßverwaltung als einen besonderen Fall der Pflegschaft, nämlich als eine solche zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger bezeichnet. Schon bei der Betrachtung der den beiden Personen nach dem Gesetz zugewiesenen Aufgaben wird dieser Unterschied deutlich sichtbar. Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter haben neben ihrer Sorge für den Nachlaß

---

[9]) In neuerer Zeit ist der Streit zwischen diesen beiden Haupttheorien wieder neu entbrannt, und zwar im Zusammenhang mit der Frage, ob dem Konkursverwalter das Armenrecht zu gewähren sei, ein Problem, das in der heutigen Zeit der Hochflut der Konkurse, besonders akut geworden ist. (Vergl. den Aufsatz von Heinemann in J.W. 30, 527, ferner O.L.G. Dresden in J.W. 31, 2153 und O.L.G. München in J.W. 31, 2158).

Heinemann a. a. O. hat nicht ganz Unrecht, wenn er, ausgehend von der zweifellos vorhandenen Doppelseitigkeit der Rechtsstellung des Konkursverwalters, bemerkt, daß sich für die beiden Hauptheorien stets Schwierigkeiten in dem Augenblick ergäben, wo es gälte, auch die andere Seite in die Darstellung aufzunehmen. Entweder lenke die Amtstheorie in die Lehre von der Stellvertretung ein oder es beginne die Vertretertheorie unheilbar zu versagen. Keine dieser Theorien komme zu einem geschlossenen und in sich widerspruchslosem Bild von der Rechtsstellung des Konkursverwalters. Nach Heinemann, der insoweit eine vermittelnde Meinung vertritt (siehe auch L.Z. 1927, Sp. 964 ff. und Gruch. 69, 319 ff., 500 ff.) handelt der Konkursverwalter „kraft seiner hoheitlichen Vollstreckungsbefugnisse“ als „Ersatzperson“ für und gegen den insoweit der Geschäfts- und Prozeßfähigkeit entkleideten Gemeinschuldner, ohne selber Partei zu werden; Partei im Rechtsstreit bleibt der Gemeinschuldner. Er kommt zu dem Ergebnis, daß das Armenrecht für Masseprozesse bewilligt werden kann, wenn der Gemeinschuldner arm ist.

In gleicher Weise hält Finkelstein (J.W. 31, 2148), obwohl auf dem Boden der Amtstheorie stehend, die Bewilligung des Armenrechts an den Konkursverwalter de lege lata für möglich.

Ebenfalls von der Amtstheorie ausgehend, kommt Bendix (J.W. 31, 2149) zu dem Ergebnis, daß de lege lata die Bewilligung allenfalls im Wege einer analogen Anwendung des § 114 Z.P.O. — was er selbst ablehnt — angängig, de lege ferenda aber zu begrüßen sei.

Eine klare Entscheidung des Gesetzgebers dieser „festgefahrenen und hoffnungslos auf einem toten Punkt angekommenen“ Streitfrage um die Rechtsstellung des Konkursverwalters wäre allerdings mit Bendix a. a. O. außerordentlich zu begrüßen. Aber es ist andererseits nicht einzusehen, warum man, bis eine solche ergeht, nicht, wenn die Wirtschaft es dringend erfordert, den Weg selbst einer gewagten Analogie sollte beschreiten dürfen, eben um der Wirtschaft zu helfen. Gesetze bestehen nicht um ihrer selbst willen. Sicher waren es auch hauptsächlich wirtschaftliche Gesichtspunkte, die das Reichsgericht bewogen haben, im Falle des Testamentsvollstreckers den seither eingenommenen Standpunkt zu verlassen (siehe unten S. 24) und diesem das Armenrecht in Prozessen für den Nachlaß zu gewähren. Das Gebäude der Amtstheorie hat hierdurch allerdings einen Riß erhalten.

[10]) Engelmann bei Dernburg, D. bürgerl. Recht, 5. Bd. 1923, § 130, Anm. 12; Crome, a. a. O. § 727, III, 1.

[11]) § 1975 B.G.B.

vor allem die Pflicht, für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu sorgen. Sie nehmen also auch Interessen der Gläubiger wahr und sind, eine Folge hiervon, diesen für die Erfüllung ihrer Amtspflichten verantwortlich. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs haben zur Folge, daß der Erbe die Befugnis zur eigenen Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß verliert. Seine Rechtshandlungen entbehren, solange die Verwaltungen bestehen, gegenüber den Gläubigern jeder Wirksamkeit[12]).

Ganz anders bei der Nachlaßpflegschaft. Der Pfleger wird im Interesse des Erben durch das Gericht zur Fürsorge für den Nachlaß berufen. Der Pfleger nimmt die Rechte der Erben wahr, weil sie selbst noch nicht dazu imstande sind; er ist lediglich ihr Vertreter, und diese Vertretung hört auf, sobald die Annahme der Erbschaft bezw. die Person des Erben feststeht und dieser sich selbst vertreten kann. Bemerkenswert ist auch, daß die Nachlaßpflegschaft die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit des vorläufigen Erben unberührt läßt. Der vorläufige Erbe und der Nachlaßpfleger können miteinander konkurrierende Verfügungen treffen.

Schon aus diesen wenigen Gesichtspunkten heraus ist ersichtlich, daß man der Stellung des Nachlaßverwalters und des Nachlaßkonkursverwalters nicht gerecht wird, wenn man sie schlechthin als gesetzliche Vertreter des Erben bezeichnet. Es ist vielmehr durchaus zutreffend, wenn das Reichsgericht hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters — und dies muß entsprechend auch für die des Nachlaßverwalters gelten — ausführt, „der Konkursverwalter sei ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz nehme", und damit die amtsähnliche Stellung dieser Personen hervorhebt.

In der Sache selbst ist das Reichsgericht mit seinen Gegnern gar nicht so weit auseinander. Denn auch das Reichsgericht gibt zu, was gar nicht zu bestreiten ist, daß der Nachlaßverwalter und der Nachlaßkonkursverwalter in der Lage sind, den Erben bindend zu verpflichten, und fährt fort, in diesem Sinne könne nicht bestritten werden, daß sie den Erben verträten. Hier bleiben aber die Gegner stehen und lassen der Besonderheit der rechtlichen Stellung dieser Personen keine Bedeutung zukommen[13]). Für die Gegner sind sie

---

[12]) § 1984 B.G.B., § 7 K.O.

[13]) Vergl. z. B. Maenner i. Leipz.Z. 1916, 783: Dem Konkursverwalter steht die Macht zu, als Konkursverwalter Willenserklärungen abzugeben, die unmittelbar für und gegen den Gemeinsch. wirken (§ 164). Das genügt für die Annahme der Konkursverw. vertrete den Gemeinsch. Die Vertretungsmacht hat er kraft Gesetzes. Er handelt sonach, wenn er als Konkursverw. auftritt, als gesetzlich bestellter Vertreter des Gemeinsch. Die Frage, welche Funktionen der Vertreter zu erfüllen hat, berührt die Vertretungsmacht als solche nicht. Sie kommt nur für den Umfang der Vertretungsmacht in Betracht. . . Es kommt nur darauf an, daß das, was der Vertreter im Rahmen

eben in erster Linie gesetzliche Vertreter, die nebenbei zwar noch besondere Funktionen haben, wodurch ihre Eigenschaft als gesetzliche Vertreter aber nicht berührt werden soll.

Das Reichsgericht und seine Anhänger stellen jedoch gerade die besonderen Funktionen, die sie über einen bloßen gesetzlichen Vertreter hinaus zur Amtsperson stempeln, in den Vordergrund und räumen ein, daß in bestimmten Fällen gesetzliche Vertretung vorliegt, was aber auf den Charakter der rechtlichen Stellung keinen Einfluß hat.

Abzulehnen ist auch die Auffassung, daß die genannten Personen „den Nachlaß verträten". Hiergegen wird treffend ins Feld geführt, daß etwas Gegenständliches grundsätzlich nicht vertretbar ist, sondern nur physische Personen bezw. Personenmehrheiten, es sei denn, daß bestimmte Zweckvermögen als juristische Personen in das Rechtsleben eintreten. So muß denn auch Hellwig[14]), der die genannten Personen als Vertreter des in dem Nachlaß sich darstellenden Sondervermögens ansieht, zur Stützung seiner Ansicht zugeben, daß der Nachlaß als solcher zwar keine juristische Person sei, aber die Stellung einer solchen habe.

Häufig ist der Ausdruck „Vertreter des Nachlasses" nur die verkürzte Ausdrucksweise für „Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses". Die Vertretungsmacht greift hiernach also nicht schlechthin Platz, sondern ist gewissen Beschränkungen unterworfen. So z. B. Staudinger[15]): „Der Nachlaßverwalter vertritt den Erben in keiner persönlichen Beziehung und auch in vermögensrechtlicher Hinsicht nur in bezug a u f d e n N a c h l a ß und in Erfüllung der ihn bildenden Rechte und Pflichten." Und an anderer Stelle: „Nur in seiner Eigenschaft als Subjekt der zum Nachlaß gehörenden Rechte und Pflichten wird er (der Erbe) vom Nachlaßverwalter vertreten, dagegen in keiner anderen Beziehung."

Das Bestehen einer gesetzlichen Vertretungsmacht in diesem Umfang kann, wie gesagt, auch von der hier vertretenen Auffassung aus nicht geleugnet werden. Nur darf diese Erkenntnis nicht dazu verführen, die genannten Personen als gesetzliche Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses anzusprechen. Die Konsequenz dieser Auffassung führt besonders dann zu unlöslichen Schwierigkeiten, wenn es sich beispielsweise als notwendig erweist, daß der Nachlaßverwal-

---

der ihm vom Gesetz bestimmten Befugnisse und Aufgaben tut, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Tritt diese Wirkung ein, so liegt gesetzliche Vertretung vor, sollten auch die Geschäfte, mit denen das Gesetz den Vertreter betraut, über die rechtlichen Befugnisse des Vertretenen hinausgehen. Ebenso Weißler, Das Nachlaßverfahren, 1920, S. 417 f.

[14]) a. a. O. S. 237, 238, 244.

[15]) § 1975, Bem. IV, A. d. Planck a. a. O. Vorbem. III 6 b zu § 1975; ebenso Binder a. a. O. S. 106. Kipp a. a. O. § 78, VII; Borcherdt, d. Erbrecht u. die Nachlaßbehandlung, S. 639; H. Mayer, Lehrbuch des Familien- u. Erbrechts 4. Aufl., 1902, 2. Bd. S. 459, Ia.

ter oder der Nachlaßkonkursverwalter eine Forderung des Erblassers gegen den Erben gerichtlich geltend macht. Eine solche Forderung würde ja gemäß § 1976 infolge der auf Grund der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses eintretenden Trennung des Privatvermögens des Erben und des Nachlaßvermögens als nicht erloschen gelten. Zweifellos handelt es sich hier um ein zum Nachlaß gehörendes Recht, in Ansehung dessen der Erbe nach der Ansicht Staudingers vom Verwalter vertreten wird. Im Ergebnis würde dann der Erbe durch seinen Vertreter einen Prozeß gegen sich selber führen[16]). Man sieht also, daß auch bei Annahme einer auf den Nachlaß beschränkten Vertretungsmacht Schwierigkeiten entstehen, die bei der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung vermieden werden.

Bevor nunmehr auf die Bedeutung der soeben gewonnenen Erkenntnisse für die eingangs gestellte Frage eingegangen wird, bleibt nur noch übrig, die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zu besprechen. Es ist dies eine Persönlichkeit, die der Erblasser durch letztwillige Verfügung dazu beruft, seinen im Testament niedergelegten letzten Willen in die Tat umzusetzen[17]), und zwar gegenüber Dritten wie auch gegenüber dem Erben selbst. Inhalt und Umfang seiner Befugnisse bestimmen sich grundsätzlich nach dem Willen dessen, der ihn auf seinen Posten berufen hat. Dies kann niemals das Nachlaßgericht sein. Dieses wirkt nur in beschränktem Umfang bei der Bestellung mit, insofern als es die Erklärung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten über die Annahme bezw. die Ausschlagung des Amtes entgegennimmt und ihm ein Zeugnis über seine Ernennung ausstellt.

Soweit der letzte Wille des Erblassers nicht entgegensteht, ist der Testamentsvollstrecker auch zur Verwaltung des Nachlasses an Stelle des Erben, den er insoweit von der Verwaltung ausschließt, berufen und, falls berufen, auch verpflichtet. Auch er verwaltet, ebenso wie der Nachlaßverwalter und der Nachlaßkonkursverwalter, den Nachlaß als fremdes Vermögen. Auf Grund seiner entsprechenden Tätigkeit ist daher auch seine Rechtsstellung der der soeben genannten Personen im wesentlichen angeglichen[18]). Hierüber besteht aber ebensowenig Einhelligkeit der Ansichten wie hinsichtlich der Rechtsstellung des Nachlaß- und des Konkursverwalters. Genau wie dort sehen die einen den Testamentsvollstrecker als Vertreter

---

[16]) Vergl. Siber a. a. O. § 17 Anm. 19; Cosack Lehrbuch d. bürgerl. Rechts 2. Bd. 2. Abt. 1924, § 166, II, 2, erwägt diesen Fall bezüglich des Testamentsvollstreckers. Er hält einen Prozeß einer Partei mit sich selbst für nicht ganz ausgeschlossen.

[17]) § 2203 B.G.B.

[18]) Wegen der geschichtlichen Wurzeln des Instituts und der rechtlichen Konstruktion diese auch R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, § 113 und die dort angeführte Literatur, ferner v. Schmitt, Entwurf eines Rechts der Erbfolge 1879 (im folgenden mit E. v. Schmitt bezeichnet) S. 330 ff.

des Erben an, sei es schlechthin, sei es nur in Ansehung des Nachlasses[19]), während die anderen ihm eine selbständige Amtsstellung gleich wie dem Konkursverwalter einräumen[20]). Nach Hellwig vertritt der Testamentsvollstrecker, soweit ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist, das in ihm sich darstellende, selbständige Sondervermögen[21]). Hierzu wurde das Erforderliche bereits oben bemerkt. Fr. Leonhard[22]) sieht in ihm gar einen Vertreter des Erblassers. Man sieht, es finden sich die verschiedensten, einander widersprechenden Ansichten. Den Vorzug verdient auch hier die sog. „Amtstheorie". Daß der Testamentsvollstrecker nicht gesetzlicher Vertreter des Erben ist, hat auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen überzeugend dargetan[23]) und auch die Literatur hat sich überwiegend auf diesen Standpunkt gestellt, so daß man ihn wohl als die herrschende Ansicht ansprechen kann[24]). Daß der Testamentsvollstrecker, soweit er zur Verwaltung des Nachlasses berufen ist, berechtigt ist, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen[25])

[19]) So Kipp, a. a. O. § 116; Cosack, a. a. O. § 166, II; Weißler, a. a. O. S. 179 ff.; Oertmann, Bürg.A. 14, 382; Maenner, L.Z. 1916, Sp. 791; Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs, S. 40, Anm. 14; Brettner, Bürg.A. 17, 227 ff.

[20]) So u. a. Crome, a. a. O. § 674, I; Endemann, Grundrisse § 27, II; ders. Lehrbuch, § 71, I; Maercker, a. a. O. § 110, A.

[21]) Hellwig, a. a. O. S. 74, 220; ebenso auch Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem B.G.B. S. 59 ff.; Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, § 22, I 2 und § 23, II, 3; Kohler in Holtzd. Enc., Bd. I, S. 574, 751; Mayer, a. a. O. § 48; Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 314; siehe dagegen Meyer, D. Erbrecht des bürgerl. Gesetzbuchs, 1904, S. 320 f. und Anm. 28.

[22]) § 2197, II, A; ebenso Rüger im Sächs.A. 9, 469 f.; ähnlich Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung, Rost. Diss. 1899, S. 20 ff., der ihn zwar nicht als Vertreter des Erblassers, sondern als „Organ" der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers bezeichnet.

[23]) R.G.Z. 56, 330; 61, 145: „Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erben, sondern übt seine Befugnisse zu eigenem Recht aus. . . . Er übt sein Amt aus und ist dabei an den Willen des Erben nicht gebunden." In R.G.Z. hat das Reichsgericht dem T.V. folgerichtig ebenso wie dem Konkurs- und dem Nachlaßverwalter (s. o. S. 19) das Armenrecht in Prozessen, die er für den Nachlaß führt versagt. Hieran hat das R.G. jedoch nicht festgehalten. In einem Beschluß vom 13. I. 1930 — J.W. 1930, 1487 — wird dem T.V. das Armenrecht gewährt. Das R.G. begründet dies damit, daß es sagt: Selbst wenn man mit der festen Rechtsprechung des R.G. davon ausgeht, daß der T.V. nicht im juristischen Sinne Vertreter des Erben ist, sondern die ihm übertragenen Rechte und Pflichten kraft seines Amtes wahrnimmt, so ergeben doch die gesetzlichen Bestimmungen, daß er tatsächlich an Stelle des Erben steht, wenn auch diese Stellung nicht auf den Willen des Erben, sondern auf die Uebertragung eines Amtes gemäß einer Anordnung des Erblassers zurückzuführen ist."

[24]) Vergl. hierzu die überzeugenden Ausführungen bei Meyer a. a. O. § 52 und die daselbst in Anm. 49 verzeichnete Literatur, insbesondere: Endemann, Grundrisse, § 27, II; ders. Lehrbuch, § 71, I; Crome, a. a. O. § 674, I; Maercker, a. a. O. § 110, A; Dernburg, a. a. O. § 135; Strohal, a. a. O. S. 295; Siber, a. a. O. S. 71.

[25]) § 2206 B.G.B.

und somit den Erben, als den Herren des Nachlasses, unmittelbar zu verpflichten, dürfte so wenig wie oben der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die rechtliche Beurteilung seiner Stellung sein. Schließt er solche Verpflichtungsgeschäfte ab, so tut er dies nicht im Namen des Erben, wie er als dessen Vertreter doch tun müßte, sondern im eigenen Namen kraft seines Amtes als Testamentsvollstrecker. Sein Recht ist nicht aus dem des Erben abgeleitet, sondern hat in seinem Amt seinen Ursprung. Das Gesetz selbst bezeichnet ja auch seine Tätigkeit und seine Stellung mit dem umfassenden Begriff „Amt"[26]). Die Unabhängigkeit seiner Stellung gegenüber dem Erben, die mit der Annahme eines gesetzlichen Vertretungsverhältnisses unvereinbar ist, tritt, wie Endemann[27]) zutreffend hervorhebt, besonders deutlich in Erscheinung, wenn er, was in der Regel eine seiner Hauptaufgaben ist, unter mehreren Erben die Auseinandersetzung vornimmt. Nach Endemann erfaßt man den Sinn des eigenartigen Rechtsinstituts der Testamentsvollstreckung am besten so, daß man in dem Vollstrecker des Erblasserwillens den Repräsentanten der im Nachlaß vereinigten Rechtsbeziehungen und Interessen erkennt[28]). Auch die Bezeichnung „amtliches Treuhandverhältnis" dürfte den Kern der Sache treffen.

Kehren wir nun zu dem Ausgangspunkt zurück und legen wir uns noch einmal die Frage vor, ob die erwähnten Verwalter des Nachlasses berechtigt sind, den dem Erben zustehenden Erbschaftsanspruch sowie dessen gesetzliche Auskunftsansprüche geltend zu machen, so sind wir jetzt in der Lage, die Schwierigkeiten zu erblicken, die sich der Beantwortung dieser Frage entgegenstellen, abgesehen vom Nachlaßpfleger, der ja, wie wir sahen, gesetzliche Vertretungsmacht gegenüber dem Erben besitzt und aus dieser seine Befugnis zur Geltendmachung der erwähnten Ansprüche herleitet[29]). Bei dem Nach-

[26]) Meyer, a. a. O. S. 324, Anm. 41, meint freilich, dies könne weder für noch gegen geltend gemacht werden. Denn dieser Ausdruck diene hier nur wie sonst (z. B. bei der Vormundschaft) zur Bezeichnung der fremdnützigen Natur des Instituts.

[27]) a. a. O. § 71, III.

[28]) a. a. O. § 71, IV, b, 4.

[29]) Die Verf. des R.G.-Räte-Komm. meinen dagegen, daß dem Nachlaßpfl. aus § 1960 das Recht erwachse, die Herausgabe der Nachlaßsachen von jedem Dritten zu verlangen. Dieser Herausgabeanspruch sei aber kein Erbschaftsanspruch, auf den die Vorschriften dieses Titels Anwendung finden könnten. — Zu diesen Vorschriften gehört aber auch die des § 2027, I. Mithin müßte der Komm. dem Nachlpfl. auch die Befugnis zur Geltendmachung dieses Auskunftsanspruches absprechen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Selbst wenn man wie der R.G.-Komm. einen solchen Herausgabeanspruch aus § 1960 herleiten wollte, so würde das nicht hindern, den Nachlpfl. daneben auch zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruches für befugt zu halten. Hat auch doch das R.G. in jüngster Zeit wieder erklärt (J.W. 31, 44), daß der Nachlpfl. den Erbschaftsanspruch geltend machen kann, unbeschadet seiner Berechtigung, gestützt auf §§ 1915, 1793 im Wege der Besitzklage einzelne Nachlaßsachen vom Erbprätendenten herauszuverlangen.

laßverwalter, dem Nachlaßkonkursverwalter und dem Testamentsvollstrecker, auch soweit man sie als gesetzliche Vertreter des Erben mit Beschränkung auf den Nachlaß ansieht, ergibt sich eine Schwierigkeit insofern, als die oben erwähnten Ansprüche dem Erben als solchem zustehen. Sie gehören nicht zu den ererbten Ansprüchen, die bereits dem Erblasser bei Lebzeiten zustanden. Der Erbe erwirbt diese Ansprüche nicht derivativ, sondern originär, d. h. sie entstehen in seiner Person als neues Recht. Gehören diese Ansprüche aber nicht zu den den Nachlaß bildenden Rechten, dann kann ihre Geltendmachung auch nicht unter die Verwaltung des Nachlasses fallen bezw. von der auf den Nachlaß beschränkten Vertretungsmacht mit gedeckt werden.

Diese Besonderheit der rechtlichen Natur der erbrechtlichen Auskunftsansprüche kann nicht bestritten werden und ist wohl auch nie bestritten worden. Anders beim Erbschaftsanspruch, über dessen Rechtsnatur in der Literatur eine erhebliche Meinungsverschiedenheit besteht.

Die den Erbschaftsanspruch im einzelnen regelnden Normen sind in den §§ 2018 ff. enthalten. Worauf der Erbschaftsanspruch gerichtet ist, bestimmt § 2018. Hiernach kann der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer, d. i. von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, die Herausgabe des Erlangten verlangen. Dem hiermit in das geltende Recht aufgenommenen Erbschaftsanspruch fehlt es nicht an geschichtlichen Vorbildern. Ohne auf die später noch darzustellende Entstehungsgeschichte[30]) dieses eigenartigen Rechtsinstituts des näheren einzugehen, sei an dieser Stelle nur soviel bemerkt, daß in der Gesetzeskommission das Bedürfnis für die Zulassung eines besonderen, von den dem Erben auf Grund der ererbten Rechte zustehenden Einzelansprüchen zu unterscheidenden Anspruchs auf Herausgabe der ihm zukommenden Erbschaftsgegenstände besonders hervorgehoben worden ist. Und es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Erbschaftsanspruch, so wie er sich nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen darstellt, als ein selbständiger, von den gegen den Erbschaftsbesitzer bestehenden Einzelansprüchen verschiedener Anspruch anzusehen ist[31]). Man kann ihn, wie es ge-

---

[30]) Vergl. unten S. 31 ff.

[31]) Vergl. Mot. 5, 578; Prot. 5, 702; ferner Planck a. a. O., Vorbem. II, 4 vor § 2018; Strohal, a. a. O. § 95; Kretzschmar, a. a. O. § 68; Kipp, a. a. O. § 66, I; Langheineken, Einspruch und Einrede nach dem B.G.B 1903, S. 156; W. Landsberg, Erbschaftsanspruch, Diss. Heid. 1908; Endemann, Lehrbuch, § 150, III, b; Dernburg, a. a. O. § 153, Anm. 4; Siber, a. a. O. S. 124; Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 537. A. M. Binder a. a. O., § 50, für ihn ist der Erbschaftsanspruch nur ein modifizierter Einzelanspruch; ferner Hellwig a. a. O. S. 54: „der Erbschaftsanspruch bezeichnet nicht einen neuen Anspruch, der dem Erben zusteht, sondern nur die Summe seiner Ansprüche"; so auch Eiswald, Gibt es einen erbrechtlichen Universalanspruch?, Diss. Heid. 1907.

meinhin geschieht, als einen Gesamtanspruch bezeichnen, sowohl mit Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund, wie auch nach dem Gegenstand, auf dessen Herausgabe er gerichtet ist. Er entsteht nämlich aus dem Erbrecht, das sich als ein ganzes Vermögen umfassendes Gesamtrecht darstellt. Gerichtet ist er auf Herausgabe des gesamten Nachlasses. Selbst wenn im Einzelfalle auch nur bestimmte Gegenstände herausverlangt werden, so werden sie verlangt als Bestandteile dieser Gesamtheit von Rechten, des Nachlasses.

Gerade hierin tritt die Sondernatur und die Selbständigkeit des Erbschaftsanspruches gegenüber den Einzelansprüchen besonders deutlich in Erscheinung. Handelt es sich beispielsweise um die Herausgabe einer bestimmten Sache, die sowohl der Erbe wie auch der Erbschaftsbesitzer als ererbt in Anspruch nehmen, so genügt zur Begründung des Erbschaftsanspruches neben der vom Kläger zu beweisenden Behauptung, Erbe zu sein, die Behauptung, daß die herausverlangte Sache sich zu Lebzeiten des Erblassers in dessen Besitz befunden hat und vom Gegner unter der Prätension eigenen Erbrechts ergriffen wurde. Der Erbe braucht also, wie F. Leonhard[32]) zutreffend bemerkt, nicht das Recht des Erblassers, sondern nur dessen Besitz darzutun. Bei einem auf § 985 gestützten Herausgabeanspruch hingegen muß der Kläger sein Eigentum an dem herausverlangten Gegenstand im Streitfalle beweisen.

Ob der Erbschaftsanspruch dinglicher oder obligatorischer Natur ist, ist ein müßiger Streit. Jedenfalls ist, worauf Hellwig[33]) mit Recht hinweist, aus der in § 2023 enthaltenen Verweisung auf die §§ 987 ff. ein zwingender Schluß auf seine dingliche Natur nicht zu ziehen[34]). Man mag ihn mit Langheineken[35]) als einen absoluten Anspruch bezeichnen.

Daß der Gesetzgeber den Erbschaftsanspruch als einen selbständigen gewollt hat, ergibt sich auch daraus, daß er ihn einer einheitlichen Verjährung unterworfen hat[36]). Wäre der Erbschaftsanspruch wirklich nichts anderes als ein Begriff für die Summe der dem Erben zustehenden Einzelansprüche, dann wäre für diese Vorschrift gar kein Raum gewesen. Nach Langheineken[37]) äußert sich die Selbständigkeit

---

[32]) § 2018, II, B, 2a.

[33]) a. a. O. S. 54, Anm. 8.

[34]) Nach Endemann, Lehrbuch, § 149, III, ist er dinglich insofern, als das Klagebegehren die Durchsetzung der tatsächlichen Herrschaft über den Nachlaß gegen jeden Eindringling als eine spezifisch dingliche Rechtsfolge bezweckt; Siber, a. a. O., bezeichnet ihn jedenfalls als „dinglichen Anspruch"; Nach Borcherdt, a. a. O., § 66, ist er teils dinglicher, teils obligatorischer Natur. Dinglich insoweit er die Herausgabe vorhandener Erbschaftsgegenstände und ihrer Surrogate zum Gegenstand hat, obligatorisch insoweit er die Herausgabe der Nutzungen und die Bereicherung wegen nicht mehr vorhandener Erbschaftsgegenstände verfolgt.

[35]) a. a. O. S. 150.

[36]) § 2026 B.G.B.

[37]) a. a. O. S. 157, 158.

des Erbschaftsanspruchs ferner in der Gegenüberstellung des Erbschaftsanspruches und des Eigentumsanspruches in § 2023, Abs. I trotz der Gleichheit ihres konkreten Umfangs. Sicher hätte der Gesetzgeber diese Vorschrift nicht aufgenommen, wenn auch nach seiner Ansicht der Erbschaftsanspruch nichts anderes als der Eigentumsanspruch selbst wäre[38]). Schließlich ist auch noch auf § 2029 hinzuweisen, wonach der Erbschaftsbesitzer auch gegenüber den Einzelansprüchen in gleicher Weise haftet wie gegenüber dem Erbschaftsanspruch. Es konkurrieren also die Einzelansprüche mit dem Erbschaftsanspruch[39]).

Aus dieser Selbständigkeit des Erbschaftsanspruches gegenüber den Einzelansprüchen zieht Binder[40]), der ja selbst eine solche Selbständigkeit nicht anerkennt, folgenden richtigen Schluß. Er sagt: „Ist der Erbschaftsanspruch eine Konsequenz des Erbrechts im subjektiven Sinne, ist er auf Herausgabe des Nachlasses im objektiven Sinne gerichtet, so kann er nicht selbst zum Nachlaß gehören."

Sind aber der Erbschaftsanspruch und die Ansprüche auf Auskunftserteilung keine Bestandteile des Nachlaßvermögens, dann sind auch an sich der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentvollstrecker zu ihrer Geltendmachung an Stelle des Erben nicht befugt. Denn das Gesetz räumt ihnen, wie sich aus den §§ 1985, 2205 und § 6 K.O. ergibt, nur das Recht ein, den N a c h l a ß an Stelle des Erben zu verwalten.

Dieses Ergebnis wäre aber im höchsten Grade unbefriedigend. Denn es würde dadurch den Verwaltern des Nachlasses die Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Aufgaben unnötig erschwert werden. Die Verwalter wären ohne eigenes Recht zur Geltendmachung der Ansprüche auf Auskunft bisweilen gar nicht in der Lage, den Nachlaß zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung an sich zu ziehen und ohne Recht auf Erhebung des Erbschaftsanspruches auch einer Gesamtklage gegen den Erbschaftsbesitzer beraubt und damit auf die wegen der anders gearteten Beweislast unter Umständen weniger erfolgreichen Einzelklagen angewiesen. Und weshalb sollte der Erbschaftsbesitzer und die übrigen zur Auskunft verpflichteten Personen besser gestellt sein, wenn zufällig eine Nachlaßverwaltung besteht? Immer freilich vorausgesetzt, daß nicht der Erbe selbst die fraglichen Ansprüche erhebt oder die jeweiligen Verwalter des Nachlasses hierzu ermächtigt. Aber der Fall, daß dies aus besonderen Anlässen nicht geschieht, ist sehr wohl denkbar. Würde man den Verwaltern die Ansprüche versagen, so würde das nur zum Nachteil der Nachlaßgläubiger und des Nachlasses selbst geschehen können, ein Ergebnis,

[38]) Nach Hellwig a. a. O. S. 50, ist § 2023 „ganz überflüssig"!

[39]) Nach Siber, a. a. O. S. 129, der insoweit von der herrschenden Meinung abweicht, sind die Einzelansprüche nur noch Bestandteile des Erbschaftsanspruchs und nicht mit diesem konkurrierende Ansprüche aus dem Eigentum. Er nimmt Gesetzes-, nicht Anspruchskonkurrenz an.

[40]) a. a. O. S. 177.

das dem Zweck der Nachlaßverwaltung bzw. des Nachlaßkonkurses bzw. der Testamentsvollstreckung widersprechen würde.

Die Berechtigung der Verwalter des Nachlasses zur Geltendmachung des Erbschafts- und der Auskunftsansprüche ist mithin weder aus ihrer Vertretereigenschaft herzuleiten, noch aus der Tatsache, daß diese Ansprüche zum Nachlaß gehören, — beides ist, wie wir sahen, nicht der Fall — sondern allein aus dem ihnen gesetzlich zustehenden Recht auf die Verwaltung des Nachlasses. Die Befugnis ist in diesem Recht schlechterdings miteinbegriffen als das notwendige Mittel, dessen sie zur Durchführung einer ordnungsmäßigen Verwaltung bedürfen. Wie der Erbe während des Bestehens der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses das Recht verliert, den Nachlaß zu verwalten oder über ihn zu verfügen, so verliert er auch das Recht zur Geltendmachung des Erbschafts- und der Auskunftsansprüche, die dann nur noch von den Verwaltern des Nachlasses kraft eigenen Rechts erhoben werden können. Es wäre ja auch ein Unding, das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsmittel in verschiedene Hände zu legen, die nur vereint ihren Zweck erfüllen können, getrennt dagegen wertlos sind.

Was die Geltendmachung des Erbschaftsanspruches durch den Testamentsvollstrecker anbelangt, so findet sich in Prot. 5, S. 300 die Bemerkung, man könne, ganz abgesehen von den sachlichen Gründen, die dagegen sprächen, über den Erbschaftsanspruch den Testamentsvollstrecker einen Rechtsstreit nicht führen lassen, brauche aber keine ausdrückliche Bestimmung hierüber zu geben. Hinsichtlich der Gründe, die gegen eine solche Auffassung sprechen, ist das Erforderliche oben bereits gesagt worden. Im übrigen handelt es sich bei der angeführten Stelle, wie auch Staudinger[41]) bemerkt, wohl nur um eine nebenhin getane Aeußerung, der keinerlei wesentliche Bedeutung zukommt. Ist dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nur zum Teil übertragen, so kann er die fraglichen Ansprüche naturgemäß auch nur in Hinsicht dieses Teiles geltend machen, während im übrigen der Erbe zu ihrer Geltendmachung befugt bleibt.

Fraglich könnte es nur sein, ob man den Verwaltern des Nachlasses das Recht zur selbständigen Erhebung des Erbschafts- und der Auskunftsansprüche um dessentwillen versagen soll, weil in einem Rechtsstreit auf Herausgabe des Nachlasses bezw. auf Erteilung einer Auskunft über den Nachlaß das Erbrecht die Grundlage des Streites bildet. Die Frage ist jedoch zu verneinen.

Richtig ist, daß das Recht zur Verwaltung des Nachlasses nicht auch das Recht umfaßt, Klage auf Feststellung des Erbrechts zu erheben. Einen solchen Streit müssen die Erbprätendenten unter sich austragen. Das Erbrecht als solches stellt nicht etwa selbst

[41]) a. a. O. Bem. I, A, 1 m, vor § 2197.

einen Nachlaßbestandteil dar. Infolgedessen unterliegt es auch nicht der Verwaltung der den Nachlaß amtlich betreuenden Personen. Eine Klage auf Feststellung des Erbrechts einer bestimmten Person können diese ebensowenig erheben wie eine solche gegen sie erhoben werden könnte[42]). Dagegen wären die Verwalter des Nachlasses ohne weiteres aktiv- bezw. passivlegitimiert, wenn es sich darum handelte, das Erbrecht des Erblassers festzustellen, da insoweit zum Nachlaß gehörige Rechte wahrzunehmen wären[43]).

Würde die Erbschaftsklage nach heutigem Recht nichts anderes sein, als ein Streit um das Erbrecht, so müßte man sie aus den angegebenen Gründen den Verwaltern des Nachlasses allerdings versagen. Dies trifft jedoch nicht zu. Bereits im römischen Recht war Gegenstand der heriditatis petitio, aus der sich unsere heutige Erbschaftsklage entwickelt hat, nicht die subjektive Erbberechtigung, sondern der Nachlaß, der als singula res vindiziert wurde. Heute wie damals kommt in einem Prozeß auf Herausgabe der Erbschaft wie auch auf Erteilung einer Auskunft in Hinsicht des Nachlasses „dem Erbrecht, aus dem beide Ansprüche entspringen, nur die Bedeutung eines Präjudizialpunktes für die den eigentlichen Prozeßgegenstand bildende Herausgabe- bezw. Auskunftspflicht des Beklagten zu"[44]). In diesem Sinne ist der Satz richtig, daß der Streit um das Erbrecht mit dem um die Erbschaft stets Hand in Hand gehe. Infolgedessen können auch der Testamentsvollstrecker und die übrigen Verwalter des Nachlasses sehr wohl in die Lage kommen, über das Erbrecht des von ihnen vertretenen (untechnisch) Erben prozessieren zu müssen, aber stets nur im Rahmen eines anderen Prozesses. Da das Erbrecht in diesen Fällen nur einen Präjudizialpunkt darstellt, nimmt seine Feststellung bezw. Nichtfeststellung auch nicht an der Rechtskraft teil. Das Erwachsen in Rechtskraft könnte nur vermittels einer Inzidentfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO. erreicht werden. Jedoch wird man die Verwalter des Nachlasses zur Erhebung einer solchen Inzidentfeststellungsklage aus den oben angeführten Gründen nur auf Grund besonderer durch den Erben erteilter Vollmacht für berechtigt halten dürfen. Oder der Erbe müßte, wie Staudinger[45]) meint, selbst die Klage auf Feststellung seines Erbrechts erheben und die Verbindung dieses Prozesses mit dem des Verwalters auf Auskunftserteilung und Herausgabe bewirken.

Als Ergebnis sei mithin nochmals zusammenfassend festgestellt, daß Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter und Testamentsvollstrecker berechtigt sind, den Erbschafts- und die Auskunftsansprüche des Erben geltend zu machen, und zwar mit Ausnahme des Nachlaßpflegers, kraft eigenen Rechts.

[42]) R.G.Z. 52, 152; O.L.G. 21, 305; 26, 288.
[43]) Warn. Rechtspr. 1919, 207.
[44]) So Planck, a. a. O., § 2018, 1, b, α.
[45]) a. a. O. Bem. I, A, 1 m, vor § 2197.

III. Abschnitt.

Die dem Auskunftsanspruch unterworfenen Personen.

§ 6.

Erbschaftsbesitzer und die ihnen gleichzustellenden Personen.

Im Vorangegangenen wurde festgestellt, wer außer dem Erben zur Geltendmachung der diesem zustehenden gesetzlichen Auskunftsansprüche berechtigt ist. Es erhebt sich nunmehr die Frage, wer diesen auskunftsberechtigten Personen als Auskunftspflichtiger gegenübersteht.

Das Gesetz nennt in erster Linie den Erbschaftsbesitzer. Nach § 2018 ist Erbschaftsbesitzer jeder, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, also derjenige, gegen den der Erbschaftsanspruch sich richtet. Mithin besteht stets dann, wenn die Voraussetzungen für die Erhebung der Erbschaftsklage gegeben sind, auch die Möglichkeit, das Verlangen nach Auskunftserteilung gemäß § 2027, Abs. I zu stellen. Diese Tatsache läßt es angezeigt erscheinen, auch im Rahmen der vorliegenden Abhandlung auf die geschichtliche Entwicklung des Erbschaftsanspruches, der im Laufe der Zeit mancherlei Wandlung, besonders hinsichtlich der Passivlegitimation erfahren hat, kurz einzugehen.

Der Erbschaftsanspruch des heutigen Rechts geht in seiner Entwicklung auf die heriditatis petitio des römischen Rechts zurück[1]). Die besondere Bedeutung, die dieser Klage beigemessen wurde, kam darin zum Ausdruck, daß sie vor dem Zentumviralgericht zum Austrag gebracht werden mußte[2]). Mit der Klage wurde der gesamte Nachlaß vindiziert. Beklagter war der possessor pro herede, d. h. der, der unter der Behauptung eigenen Erbrechts dem Erben die Erbschaft vorenthielt. Erst später unter der Herrschaft des Formularprozesses erfuhr die hereditatis petitio eine Erweiterung insofern, als sie auch gegen den possessor pro possessore gerichtet werden konnte. Hierunter verstand man denjenigen, der Nachlaßsachen „ohne jeden Rechtsgrund besaß, also nicht imstande war, einen auch nur scheinbaren Rechtsgrund anzugeben"[3]). Gleichgültig war, wann er sich in den Besitz der Nachlaßsachen gesetzt hatte. Also auch wer schon

---

[1]) Vergl. für das Folgende Endemann, Lehrbuch, § 148; v. Buchka, a. a. O. § 47; Leske, a. a. O. § 260, Koeppen, a. a. O. § 48.

[2]) Keller-Woch, Röm. Zivilprozeß, § 6.

[3]) Vergl. Leske, a. a. O.; nach R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, 1899, S. 54: „der unredliche Inhaber eines Vorteils zum Schaden des Erben ohne Erbschaftsbesitz".

bei Lebzeiten des Erblassers gestohlen hatte, war ein echter possessor pro possessore[4]).

Das gemeine Recht übernahm die römisch-rechtliche hereditatis petitio ohne erhebliche Abänderungen. Unter seiner Herrschaft bildeten sich aber auch, und zwar im Anschluß an die Bestimmungen des römischen Rechts über die Verpflichtung des Erben, der von dem beneficium inventarii Gebrauch macht, bereits die Grundsätze aus, die für die Gestaltung des geltenden Rechts bezüglich der Auskunftspflicht maßgebend gewesen sind[5]). Der Besitzer der Erbschaft oder von Teilen derselben war nämlich verpflichtet, zum Zwecke der Vorbereitung der Erbschaftsklage ein auf Verlangen des Anspruchsberechtigten eidlich zu bestärkendes Vermögensverzeichnis über den Bestand der Erbschaft vorzulegen. Die gleiche Pflicht lag demjenigen ob, der zur Zeit des Todes sich mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft oder in einem ähnlichen Verhältnis befunden hatte, welches die Annahme nahe legte, daß er Nachlaßsachen besitze[6]).

In den modernen Gesetzbüchern vor dem B.G.B. finden sich mit Ausnahme des sächsischen B.G.B. besondere Bestimmungen über eine erbschaftliche Universalklage nicht. Dies gilt für das französische

---

[4]) Im einzelnen herrschte über die Abgrenzung beider Begriffe früher lebhafter Streit. So waren mit Rücksicht auf Gaius IV. 144 (pro herede possidere videtur, qui putat se heredem esse) viele der Ansicht, daß nur der als possessor pro herede anzusprechen sei, der gutgläubig sei, d. h. selbst an das Bestehen seines angeblichen Erbrechts glaube. Die herrschende Meinung hingegen stellte sich auf den Standpunkt, daß auch der als possessor pro herede zu gelten habe, der sich in Kenntnis seiner Nichtberechtigung Erbrecht angemaßt habe.

Fest steht, daß die hereditatis petitio nicht gegeben war gegen jemand, der sich für seinen Besitz, sei es in gutem oder bösem Glauben, auf einen besonderen Titel berufen konnte. Ein solcher war weder possessor pro herede noch possessor pro possessore. Gegen ihn war daher nur die rei vindicatio gegeben. Diese verblieb dem Erben auch neben der hereditatis petitio. Um sich davor zu schützen, daß er nicht mit einer Unzahl von Einzelprozessen überzogen wurde (ne singulis iudiciis vexaretur), hatte der Beklagte die Möglichkeit, die exceptio ne praeiudicium fiat hereditati geltend zu machen. Er erreichte damit eine Zusammenfassung aller möglichen Klagen zu einer und verhinderte vor allem, daß die Zuständigkeit des Zentumviralgerichts umgangen wurde.

Um zu erfahren, ob der Beklagte sich als possessor pro herede oder als possessor pro possessore auf den Prozeß einlassen werde, stand dem klagenden Erben die interrogatio in iure zu Gebote.

Die Bestimmungen darüber, was auf die hereditatis petitio hin herauszugeben war, enthielt das S. C. Iuventianum (129 n. Chr.). Es regelte zugleich den Ersatz von Verwendungen und stellte auch bereits den Grundsatz der dinglichen Surrogation auf. Von einer Pflicht des mit der hereditatis petitio Belangten zur Auskunftserteilung an den Erben findet sich im römischen Recht noch nichts.

[5]) Vergl. Zimmermann, Ziv.A. 29, 462; Koeppen, a. a. O., S. 319.

[6]) Vergl. v. Buchka, a. a. O., S. 428; hinsichtlich der geschichtlichen Entwicklung des Manifestationseides siehe Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., S. 294 ff.

Zivilrecht[7]) und auch für die österreichische B.G.B., es sei denn, daß man das in § 823 A.B.G.B. geregelte Recht auf „Abtretung" der Erbschaft als eine hereditatis petitio ansieht[8]). Man hielt im allgemeinen die Aufnahme einer besonderen Erbschaftsklage für überflüssig und glaubte mit den Einzelansprüchen auskommen zu können. In der Praxis entwickelten diese Rechte aber doch eine Erbschaftsklage nach dem Vorbilde der hereditatis petitio. So wurde im preußischen A.L.R. die Erbschaftsklage nach der Analogie der Vindikation behandelt[9]). Als Grundsatz galt, daß der Eigentümer eines Rechts sein Eigentum gegen jede Anmaßung verfolgen kann[10]). Beklagter war sowohl der römisch-rechtliche possessor pro herede wie der possessor pro possessore. Ja, auch wer gar nicht possessor war, sondern lediglich das Erbrecht des Klägers bestritt, konnte mit der Erbschaftsklage belangt werden. Dies deshalb, weil die Erbschaftsklage des preußischen Rechts neben der Herausgabe der Nachlaßsachen zugleich auch auf Anerkennung des Erbrechts gerichtet war. Im letzteren Falle mußte der Kläger sein besonderes Interesse darlegen, das er an seiner Anerkennung als Erbe hatte[11]). Auch im preußischen Recht bestand bereits die Möglichkeit, für den Fall, daß der Beklagte Nachlaßsachen in Besitz genommen hatte, ihn im Klagewege zur Aufstellung eines notfalls eidlich zu bestärkenden Nachlaßverzeichnisses anzuhalten.

Auch bei der Beratung des B.G.B. erhob sich die Frage, ob eine erbschaftliche Gesamtklage nach dem Vorbild der hereditatis petitio in das zu schaffende Gesetzbuch aufzunehmen sei oder nicht. Man entschied sich, wie bereits oben bemerkt wurde, für die Zulassung einer solchen und nahm zugleich Gelegenheit, das Recht des Erben auf Auskunftserteilung gesetzlich festzulegen[12]). Hinsichtlich der

[7]) Crome-Zachariae, Franz. Zivilrecht, Band 4, § 626, Anm. 1, S. 105.

[8]) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

[9]) Vergl. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts 4. Aufl. 1896, 3. Bd. § 230; Eccius, Preußisches Privatrecht, 4, § 279.

[10]) A.L.R. I, 15, 3.

[11]) § 28, 29, 22 Allgem. Gerichtsordnung v. 1793.

[12]) Vergl. Mot. 5, 578 und Prot. 5, 701, 702; ferner E. v. Schmitt. Letzterer sah im § 332 folgende Fassung des Erbschaftsanspruches vor: „Der Erbe hat den Anspruch auf Einantwortung der Erbschaft gegen jeden, welcher ihm dieselbe, einen Erbteil oder einzelne Erbschaftsgegenstände unter dem Vorwand, selbst Erbe oder Erbe des Erben oder Erwerber der Erbschaft aus einem Geschäft unter Lebenden zu sein, oder ohne Berufung auf irgendwelchen, seinen Besitz rechtfertigenden Grund, vorenthält."

Ueber das Auskunftsrecht des Erben traf der Entwurf im § 337, Abs. II folgende Bestimmung: „Der Erbe, dessen Anspruch sich nicht auf bestimmte einzelne Gegenstände beschränkt, kann von dem Erbschaftsbeklagten, welcher sich überhaupt im Besitz von Erbschaftssachen befindet, verlangen, daß derselbe ein Verzeichnis des vorenthaltenen Vermögens vorlege, und den Offenbarungseid dahin leiste, daß er das Nachlaßvermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Das Gericht kann eine der Sachlage entsprechende Aenderung der Eidesnorm beschließen."

Passivlegitimation beim Erbschaftsanspruch ist das B.G.B. jedoch von seinen Vorgängern erheblich abgewichen.

Nach geltendem Recht haftet dem Erbschaftsanspruch nur der Erbschaftsbesitzer. Es ist dies im wesentlichen der römisch-rechtliche possessor pro herede. Durch die im § 2018 gegebene Definition hat der Gesetzgeber klar zu erkennen gegeben, daß eine Haftung des possessor pro possessore gegenüber dem Erbschaftsanspruch nicht mehr stattfinden soll[13]). Damit hat für das B.G.B. der unerquickliche Streit der Meinungen um den Inhalt der beiden Begriffe jegliche Bedeutung verloren. In der Tat war auch durch die Aufnahme der dem früheren Recht unbekannten Bestimmung des § 857 der Grund für die Zulassung einer Erbschaftsklage gegen den possessor pro possessore weggefallen. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über. Dadurch erwirbt der Erbe mit dem Erbfall sämtliche Schutzmittel, die dem Besitzer bei jeglicher Beeinträchtigung seines Besitzes zu Gebote stehen. Hierher gehören die Vorschriften der §§ 858 ff und 1007, auch die condictio possessionis. R. Leonhard allerdings ist der Ansicht[14]), daß das B.G.B. dem Erben einen vollen Ersatz für die römische Erbschaftsklage gegen den possessor pro possessore nicht gegeben habe und daher unter Umständen der Bösewicht vor dem redlichen Mann bevorzugt werde.

Die Verfasser des B.G.B. haben sich auf den richtigen Standpunkt gestellt, daß man das besondere Schutzmittel eines Gesamtanspruchs nur da zuzulassen brauche, wo tatsächlich eine Verletzung der Gesamtrechte des Erben, nämlich seines Erbrechts, vorliege. Dies ist aber stets dann der Fall, wenn jemand unter der Anmaßung eigenen Erbrechts in den Nachlaß eingreift. Fehlt es an einer solchen Anmaßung, dann liegt auch nur eine Verletzung der dem Erben zustehenden Einzelrechte vor und zum Schutz dieser sind die Einzelklagen ausreichend. Da der Erbe einerseits die Wahl hat, ob er im Einzelfalle einen Nachlaßgegenstand mit der Gesamtklage oder der Einzelklage verfolgen soll, andererseits aber die Gesamtklage dem Erbschaftsbesitzer wegen des erweiterten Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen — er kann alle auf die Erbschaft überhaupt, nicht nur die auf die betreffende Sache gemachten Verwendungen in Ansatz bringen[15]) — günstiger stellt, so bestimmt § 2029, daß auch auf die Einzelklage die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch Anwendung finden.

---

[13]) Der E. v. Schmitt unterstellte auch den possessor pro possessore dem Erbschaftsanspruch (. . . ohne Berufung auf irgendwelchen seinen Besitz rechtfertigenden Grund. . .). Eine Vererbung des Besitzes war ihm freilich unbekannt, vielmehr bestimmte § 342: „Den Besitz an Nachlaßgegenständen erlangt der Erbe n u r durch Besitzergreifung."

[14]) a. a. O. S. 112.

[15]) § 2022 B.G.B.

Ganz verschwunden ist der possessor pro possessore aus dem geltenden Recht jedoch nicht. Wenn auch gegen ihn ein Erbschaftsanspruch nicht mehr begründet ist, so unterliegt er doch ebenso wie der Erbschaftsbesitzer einer besonderen Auskunftspflicht, deren der Erbe ihm gegenüber genau so dringend bedarf, wie gegenüber dem Erbschaftsbesitzer. „Wer nämlich," so wurde in der Kommission für die 2. Lesung ausgeführt[16]), „in die Erbschaft eingegriffen habe, einerlei, ob in dem Glauben oder Vorwand, Erbe zu sein, oder ohne Inanspruchnahme eigenen Erbrechts, sei verdächtig, überhaupt mit der Erbschaft sich befaßt und mehr, als das ihm speziell Nachgewiesene, an sich genommen zu haben. Da der Erbe einerseits nicht wissen könne, was in der Erbschaft begriffen sei, andererseits ein ruhender Nachlaß für Eingriffe Unberufener verführerisch sei, so würde dem Erben, wenn ihm nur die Einzelklage zur Verfügung stünde, nicht in jeder Richtung geholfen werden. Diesem Bedürfnis genüge man, wenn man jedem, der sich eigenmächtig mit Nachlaßsachen befaßt hat, die Pflicht zur Auskunftserteilung und Leistung des Offenbarungseides aufbürde." Auf diese Weise ist das B.G.B. dazugekommen, den Umfang des Anwendungsgebietes der Erbschaftsklage gegenüber dem früheren Recht einzuschränken, jedoch die Auskunfts- und Offenbarungseidspflicht im bisherigen Umfange bestehen zu lassen[17]).

„Erbschaftsbesitzer" nennt das Gesetz den Gegner des Erbschaftsanspruches und des Auskunftsanspruches nach § 2027, Abs. I. Wer ist Erbschaftsbesitzer im Sinne des Gesetzes? Nach der im § 2018 enthaltenen Begriffsbestimmung ist es jeder, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Dies bedarf der näheren Auslegung.

Man unterscheidet gemeinhin zwei Momente, die das Wesen des Erbschaftsbesitzers ausmachen, und zwar ein subjektives und ein objektives.

Mit ersterem meint man, daß, wer als Erbschaftsbesitzer gelten solle, Erbrecht für sich prätendieren müsse. Es ist nun nicht erforderlich, daß eine wörtliche Beanspruchung des Erbrechts stattfindet. Aber es muß doch durch entsprechendes Handeln oder durch nicht mißzuverstehendes Stillschweigen zum Ausdruck gebracht werden, daß Erbrecht prätendiert wird. R. Leonhard[18]) sagt treffend: „Es muß der betätigte Wille vorliegen, die Vorteile eines Erbrechts zu genießen, der Wille als Erbe zu gelten, im Gegensatz zu dem Willen, als Singularerwerber zu gelten." Grundsätzlich muß eigenes Erbrecht in Anspruch genommen werden. Wer gegenüber dem Heraus-

---

[16]) Prot. 5, 707.

[17]) Besondere, ausnahmsweise gewährte Befreiungen von der Verbindlichkeit zur Manifestation, z. B. der Eltern gegenüber den Kindern oder leiblichen Kindern des Erbeserben (so bayr. Z.P.O. Art. 471) kennt das geltende Recht nicht. Sie waren auch in der gemeinrechtl. Praxis nicht üblich.

[18]) a. a. O. S. 24.

gabeverlangen des Erben die Herausgabe mit der Behauptung verweigert, daß nicht er selbst, sondern ein Dritter durch Erbgang Eigentümer des betreffenden Gegenstandes geworden sei, ist nicht Erbschaftsbesitzer. Ebensowenig kann Erbschaftsbesitzer sein, wer einen Gegenstand zwar als ererbt in Anspruch nimmt, aber seine Erbberechtigung von einem anderen Erblasser als dem des Klägers herleitet, gleichgültig, ob seine Behauptung zutrifft oder nicht. Zu Recht bemerkt Fr. Leonhard[19]), daß sich dann der Streit in Wahrheit nur darum dreht, welchem Erblasser diese einzelne Sache gehört. Unerheblich ist es, ob der auf sein Erbrecht pochende Beklagte weiß oder nicht weiß, wie es in Wirklichkeit um sein angebliches Erbrecht steht. Also auch durch die bewußt wahrheitswidrige Erbrechtprätension wird man zum Erbschaftsbesitzer. Der gute oder böse Glaube kann also nicht die Haftung selbst, wohl aber das Maß der Haftung beeinflussen[20]).

Zu diesem subjektiven Moment, dem Anmaßen eines Erbrechts, muß notwendig das objektive Moment hinzutreten, das darin besteht, daß der Prätendent etwas aus der Erbschaft erlangt haben muß. Wer, ohne irgend etwas aus der Erbschaft erlangt zu haben, lediglich behauptet, Erbe zu sein, kann nicht als Erbschaftsbesitzer in Anspruch genommen werden, ist also auch einem Auskunftsanspruch nach § 2027, Abs. I nicht unterworfen. Der Erbe kann gegen ihn höchstens mit einer Klage auf Feststellung seines Erbrechts vorgehen.

Aus den Worten des Gesetzes „aus der Erbschaft erlangt" geht eindeutig hervor, daß grundsätzlich die Erlangung zeitlich nach dem Erbfall stattgefunden haben muß, da man erst nach diesem Zeitpunkt das Vermögen des Erblassers mit „Erbschaft" bezeichnen kann[21]). Wer daher vor Erbfall einen Nachlaßgegenstand unter Inanspruchnahme des Eigentums an sich gebracht hat, ist niemals Erbschaftsbesitzer, selbst wenn er nach dem Erbfall dem Erben die Herausgabe verweigern sollte mit der Behauptung, selbst Erbe zu sein. Aber nicht nur die Tatsache, daß er den Gegenstand vor dem Erbfall, also nicht aus dem Nachlaß erlangt hat, schließt in diesem Fall die Annahme des Erbschaftsbesitzes aus, sondern auch die weitere, daß die später gebrauchte Erbrechtsanmaßung nicht der Grund für die Erlangung gewesen ist.

Wir kommen damit zu der dritten grundsätzlichen Voraussetzung, ohne deren Vorhandensein Erbschaftsbesitz nicht gegeben ist. Sie besteht darin, daß das, was erlangt worden ist, dadurch erlangt wurde, daß der Betreffende sich für den Erben ausgab, m. a. W. die Erbrechtsanmaßung muß für die Erlangung des „etwas" kausal sein.

---

[19]) a. a. O. § 2018, II, B, 1 d.

[20]) §§ 2024—2025 B.G.B.

[21]) R. Leonhard, S. 12 u. 110; Staudinger, § 2018, III, B. 3; Fr. Leonhard, § 2018, II, B, 3; Planck, § 2018, Bem. 3; zweifelnd; Kretzschmar, § 69, II. 3.

„Diese Auffassung entspricht," wie Fr. Leonhard[22]) zutreffend ausführt, „nicht nur dem Gesetz, sondern auch vor allem dem Zweck des Erbschaftsanspruches, Schutz gegen einen Gesamteingriff zu geben. Denn wer sich als Erbe aufspielt, ist in der Lage, sich ein ganzes Vermögen anzueignen." Wenn daher jemand nach Erbfall etwas aus der Erbschaft erlangt, ohne daß er dabei als Erbe auftritt, und er hinterher die Herausgabe unter Berufung auf sein angebliches Erbrecht verweigert, so kann er jedenfalls in Ansehung des auf diese Weise erlangten Gegenstandes nicht als Erbschaftsbesitzer angesprochen werden. Denn eine kausale Verbindung im oben gedachten Sinne ist hier nicht gegeben[23]). Er steht dem gleich, der sich lediglich fremdes Erbrecht anmaßt.

Denkbar ist aber auch der Fall, daß jemand zwar dadurch, daß er als Erbe auftritt, sich in den Besitz eines Nachlaßgegenstandes gesetzt hat, später aber, vom Erben zur Herausgabe angehalten, diese nicht unter Berufung auf das seinerzeit behauptete Erbrecht, sondern gestützt auf irgendeinen anderen Titel verweigert.

Es handelt sich hierbei um die in der Literatur umstrittene Frage, ob es zur Begründung des Erbschaftsbesitzes gehört, daß der Beklagte auch noch zur Zeit des Prozeßbeginns Erbrecht für sich in Anspruch nimmt. Für das römische Recht ist die Frage zweifellos zu bejahen. Denn hier stellte der klagende Erbe durch die bereits erwähnte interrogatio in iure fest, ob der Beklagte als possessor pro herede oder pro possessore sich auf den Prozeß einlassen wolle. Maßgebend war also der zur Zeit des Prozeßbeginns angegebene Besitzgrund und nicht der, der zur Erlangung des Besitzes geführt hatte.

Binder[24]) ist der Ansicht, daß auch nach heutigem Recht nur derjenige Erbschaftsbesitzer sei, der auch noch gegenüber dem die Herausgabe verlangenden Erben die Erbrechtsprätension aufrechterhalte. Zur Begründung weist er einmal auf die Fassung hin, die der erste Entwurf zum B.G.B. dem Erbschaftsanspruch gegeben hatte. Hiernach sollte der haften, der „auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Erbrechts dem Erben einen Erbschaftsgegenstand vorenthält." In der II. Kommission entschied man sich für die heute in Geltung befindliche Fassung mit der Begründung, daß im Gegensatz zur rei vindicato[25]) dem Kläger bei der Erbschaftsklage der Beweis gegenwärtigen Besitzes des Beklagten nicht zugemutet werden sollte. Ob man diese neue Fassung bewußt gewählt hat, in der Absicht, zugleich auch klarzustellen, in welchem Zeitpunkt sich der Beklagte das Erbrecht anmaßen müsse, um als Erbschaftsbesitzer zu gelten, ist nicht festzustellen, da die Protokolle hierüber nichts ent-

[22]) a. a. O. § 2018, II, B, 1 a.
[23]) Vergl. Strohal § 94; Binder II, S. 831/88.
[24]) a. a. O. S. 388.
[25]) § 985 B.G.B.

halten. Man kann also aus der Tatsache der Aenderung des ursprünglichen Textes weder dafür noch dagegen irgendwelche Schlüsse ziehen. Maßgebend ist für uns allein der Text des Entwurfes, wie er Gesetz geworden ist, und die Materialien dieser Gesetzeswerdung spielen demgegenüber nur eine nachgeordnete Rolle.

Der Wortlaut des § 2018 läßt aber zweifelsfrei erkennen, daß nicht „die Behauptung des Erbrechts zur Verteidigung gegenüber der Erbrechtsanmaßung des Klägers, sondern die Vorschützung des Erbrechts als Mittel zur Besitzerlangung den Anspruch des Erben begründet". Die sachlichen Gründe, die Binder a. a. O. gegen diese Auffassung ins Feld führt, sind nicht stichhaltig. Er meint, sie passe nicht auf die Fälle, wo eine Besitzergreifung im tatsächlichen Sinne nicht stattgefunden habe und gleichwohl die Erbschaftsklage gewährt werden müsse, sei es, daß es sich nicht um Nachlaß s a c h e n handelt, sei es, daß der Besitz schon vor dem Erbfall erworben war. Im letzteren Falle ist, wie bereits oben erwähnt wurde, nach herrschender Ansicht eine Erbschaftsklage grundsätzlich überhaupt nicht gegeben, und was den ersten Fall anbetrifft, so wird sich auch dann, wenn es sich nicht um Sachen handelt, doch stets der Moment des Erlangens feststellen lassen.

Nach heutigem Recht ist es mithin unerheblich, ob der Beklagte auch noch zur Zeit des Prozeßbeginns die Erbrechtsprätension aufrecht erhält. Wer einmal durch sein eigenes Verhalten[26]) die Voraussetzungen geschaffen hat, die ihn zum Erbschaftsbesitzer stempeln, der kann sich nicht durch eine einfache Erklärung dieser Eigenschaft entledigen. Die Folge davon wäre dann, daß er sich auf diese Weise der für ihn vielleicht recht unbequemen Auskunftspflicht ungehindert entziehen und sich dadurch ungerechtfertigte Vorteile zum Nachteil des Erben verschaffen könnte. Daß es nicht in die Hand des Beklagten gelegt sein darf, ob er Auskunft erteilen will oder nicht, leuchtet ohne weiteres ein[27]).

Die oben im Einklang mit der herrschenden Lehre aufgestellte Behauptung, daß das Erlangen des „Etwas" sich zeitlich nach dem Erbfall vollzogen haben müsse, ist in der Literatur nicht unbestritten geblieben. So erklärt z. B. Binder[28]), daß nach der Entstehungsgeschichte des § 2018 zu derartig strenger Wortinterpretation keine Veranlassung bestehe. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Es genügt grundsätzlich zur Begründung des Erbschaftsbesitzes nicht, daß etwas vor dem Tode des Erblassers erlangt ist, und später unter

---

[26]) Da das Ansichbringen von Erbschaftsgegenständen ein rechtswirksames Handeln ist und die Haftung aus § 2018 erzeugt, kann nur ein unbeschränkt Geschäftsfähiger durch eigenes Handeln zum Erbschaftsbesitzer werden.

[27]) Vergl. hierzu Endemann § 153, Iai und Fr. Leonhard § 2018, II, B, 1 a.

[28]) a. a. O. S. 397, Anm. 81.

Berufung auf ein angebliches Erbrecht zurückbehalten wird[29]). Handelt es sich dazu noch um einzelne beiseite gebrachte Gegenstände, so besteht auch keine Veranlassung für die Gewährung einer Gesamtklage oder eines Auskunftsanspruches. Denn da kein Eingriff in einen ruhenden Nachlaß vorliegt, wird in der Regel auch kein Raum für den Verdacht sein, daß der Betreffende sich in größerem Umfange mit dem Nachlaß unbefugt befaßt hat. Gleichwohl wird man in dem von Binder gebildeten Beispiel[30]) die Erbschaftsklage und den damit verbundenen Auskunftsanspruch zulassen müssen, nicht aber im Wege ausdehnender Interpretation des § 2018, sondern weil, recht betrachtet, die Voraussetzungen dieses Paragraphen gegeben sind. In dem angezogenen Beispiel hat der Sohn das Vorwerk unter Anerkennung des Eigentums seines Vaters vor dem Erbfall als Fremdbesitzer innegehabt. Behauptet er nun bei dem Tode seines Vaters das Vorwerk ererbt zu haben, also kraft Erbfolge Eigentümer geworden zu sein, so tut er damit kund, daß er es von nun an, seiner angemaßten Erbenstellung entsprechend, als Eigenbesitzer innehaben wolle. Er wandelt seinen früheren Fremdbesitz in Eigenbesitz um und hat damit „etwas", nämlich den Eigenbesitz, n a c h Erbfall unter Inanspruchnahme eigenen Erbrechts erlangt. Das Reichsgericht und die Mehrzahl der Schriftsteller haben sich in diesem Fall ebenfalls für die Zulassung des Erbschaftsanspruchs ausgesprochen[31]).

Bei dem, was der als Erbschaftsbesitzer in Anspruch Genommene aus der Erbschaft erlangt hat, wird es sich in der Mehrzahl der Fälle um Sachen handeln. Notwendig ist dies aber nicht. Man darf sich durch die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung „Erbschafts-b e s i t z e r nicht zu der Schlußfolgerung verleiten lassen, daß nur der, der S a c h e n aus der Erbschaft erlangt hat, als Erbschaftsbesitzer zu gelten habe. In der Literatur wird diese Ansicht wohl nur von R. Leonhard[32]) vertreten. Selbst wenn man sich an das Wort „Besitzer" klammern wollte, so würde auch dann eine Beschränkung auf Sachen nicht ohne weiteres gerechtfertigt sein. Denn neben dem Sachbesitz gibt es auch einen Rechtsbesitz. „Der Besitz ist seinem Begriff nach an allen Rechten denkbar, die eine dauernde Ausübung zulassen"[33]). Und wenn das B.G.B. den Rechtsbesitz auch nicht er-

---

[29]) Ebenso Siber, a. a. O., S. 126; Mayer, a. a. O., § 79.

[30]) Der Sohn des Gutsbesitzers X hat schon bei dessen Lebzeiten das seinem Vater gehörende Vorwerk Y in Besitz gehabt. Nach dem Erbfall weigert er die Herausgabe an den Testaterben Z, dessen Erbrecht er unter Berufung auf das eigene Erbrecht bestreitet.

[31]) So Fr. Leonhard, § 2018, II B 3; Kipp § 67, I, 4; Planck § 2018, Bem. 3; Dernburg § 155, Anm. 2; RG.-Kommentar § 2018, Bem. 3; R.G.Z. 81, 293; J.W. 13, 546; O.L.G. 42, 132; „Recht" 1923, Nr. 669. Zweifelnd: Kretzschmar § 69, Anm. 13 und Staudinger § 2018, III, B, 3.

[32]) a. a. O. S. 19; Gegen ihn Strohal a. a. O. § 94, Anm. 3.

[33]) So Enneccerus, Allgem. T. § 73, I, 5.

wähnt, so erkennt es ihn doch stillschweigend dadurch an, daß es bei Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten die Vorschriften über den Besitzschutz bei Sachen für entsprechend anwendbar erklärt[34]).

Aus der in § 2018 enthaltenen Definition ergibt sich aber, daß bei der Erläuterung des Begriffes „Erbschaftsbesitzer" auf das Wort „Besitzer" kein Gewicht zu legen ist. Zur Verwendung des Begriffes „Erbschaftsbesitzer" ist der Gesetzgeber wohl auch nur auf Grund einfacher Uebersetzung des römisch-rechtlichen possessor gekommen, ohne sich aber dadurch auf den Begriff des Besitzers festlegen zu wollen. Zu Recht bemerkt Binder[35]): Das B.G.B. nennt Erbschaftsbesitzer nicht den, der „besitzt", sondern den, der „erlangt hat"[36]). Stellt man es aber auf das Erlangthaben ab, dann ergibt sich aus dieser weiten Fassung, daß zur Begründung des Erbschaftsbesitzes alles genügt, was nur aus einem Nachlaß erlangt werden kann. Der Gesetzgeber verwendet hier dieselbe Wortfassung wie im § 812. Wie dort, muß auch hier jede Besserung der Vermögensstellung, sofern sie nur auf Kosten der Erbschaft erlangt ist, zur Begründung des Erbschaftsbesitzes ausreichen. Mit dieser allgemeinen Fassung verträgt es sich auch nicht, bei der Erlangung von Sachen nur da Erbschaftsbesitz anzunehmen, wo der Erbprätendent Eigenbesitz ererbt zu haben behauptet[37]). Auch Fremdbesitz und mittelbarer Besitz kommen in Frage. Wenn beispielsweise der Erblasser eine ihm gehörige Sache verliehen hatte und der Erbprätendent teilt nach Erbfall dem Entleiher unter Hinweis auf sein angebliches Erbrecht mit, daß i h m die betreffende Sache nach Beendigung der Leihzeit zurückzugeben sei, und will der Entleiher daraufhin fortan für den Erbprätendenten besitzen, so hat dieser auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts den mittelbaren Besitz an der Sache aus der Erbschaft erlangt und ist somit in Ansehung dieser Sache Erbschaftsbesitzer. Ebenso kann der Besitz des Erbschaftsbesitzers auch Fremdbesitz sein. So, wenn der Erbprätendent eine Sache aus der Erbschaft erlangt, die, wie er weiß, dem Erblasser nur geliehen war. Er wird in einem solchen Fall, wie Strohal[38]) zutreffend bemerkt, normalerweise die Sache nur so besitzen wollen, wie sie bisher der Erblasser besaß.

Forderungen des Erblassers gegen Dritte sind vom Erbprätendenten nicht schon dann erlangt, wenn er sich diese Forderungen zuschreibt. Sie können, da sie mit dem Erbfall ohne weiteres auf

---

[34]) Vergl. Wolff, Sachenrecht § 24.

[35]) a. a. O. S. 395, Anm. 71.

[36]) So auch Endemann, Lehrbuch, § 153, Anm. 17: „Die Benennung entscheidet nicht, sondern die in § 2018 aufgestellte Definition."

[37]) So R. Leonhard a. a. O. S. 19.

[38]) a. a. O. § 94, II, 2 a β.

den wahren Erben übergehen, überhaupt nicht erlangt werden. Erlangt werden kann nur das von dem Schuldner in Erfüllung einer solchen Forderung Geleistete. Zutreffend bemerkt Strohal[39]), daß das bei Forderungen des Erblassers Erlangte in dem Besitz von auf die Forderung sich beziehenden Urkunden oder in einer zugunsten des Erbprätendenten vorgenommenen Umschreibung im Grundbuch oder Staatsschuldbuch bestehen kann.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der nicht Erbschaftsbesitzer ist, der Nachlaßsachen hinter sich hat, die ein Nachlaßschuldner nur weil er ihn irrtümlich für den berechtigten Erben gehalten hat, an ihn geleistet hat[40]). Eine Erlangung auf Grund angemaßten Erbrechts hat hier nicht stattgefunden. Anders dagegen, wenn der Empfänger Gelegenheit gehabt hat, den Leistenden auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen und gleichwohl schwieg. Dann läge stillschweigende Prätension des Erbrechts vor, die, wie wir sahen, zur Begründung des Erbschaftsbesitzes ausreicht. Sicher ist, daß in den Fällen, in denen der Erbprätendent Leistungen des Nachlaßschuldners entgegennimmt, ohne dabei gegenüber dem Leistenden durch einen Erbschein legitimiert zu sein, nichts mit Mitteln der Erbschaft erlangt ist. Denn der Schuldner ist durch die Leistung an den unberechtigten Erbprätendenten nicht frei geworden. Die Nachlaßforderung ist nicht zum Erlöschen gekommen.

Daß jede rechtliche Besserstellung des Erbprätendenten zur Begründung des Erbschaftsbesitzes ausreicht, wurde bereits erwähnt. Es genügt also beispielsweise, daß der Erbprätendent sich als Rechtsnachfolger des Erblassers in das Grundbuch oder das Handelsregister eintragen läßt oder daß er hinsichtlich einer zum Nachlaß gehörenden und sein Grundstück belastenden Hypothek seine Eintragung als Eigentümer-Grundschuldgläubiger bewirkt[41]). Diese Eintragungen kann er aber nur unter Vorlegung eines Erbscheins herbeiführen, der ihn, wenn auch zu Unrecht, als Rechtsnachfolger des Erblassers ausweist. Er verschafft sich in diesen Fällen also Erbschaftsbesitz auf Grund eines unrichtigen Erbscheins. Ohne Rücksicht darauf, ob er im Einzelfalle Erbschaftsbesitzer ist, ergibt sich für ihn eine Pflicht zur Auskunftserteilung schon aus der Tatsache, daß ihm ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist. Hiervon soll noch später die Rede sein. Die Erwirkung eines unrichtigen Erbscheins allein begründet noch keinen Erbschaftsbesitz, denn der Erbschein ist kein Nachlaßgegenstand und auch kein Nachlaßsurrogat.

---

[39]) Ebenda

[40]) Vergl. F. Leonhard, § 2018, II, B, 1 b; Kipp a. a. O. § 67, Anm. 4.

[41]) Vergl. Strohal, a. a. O. § 94, II, 2 a, β.

Streitig[42]) ist die Frage, ob man den als Erbschaftsbesitzer bezeichnen kann, der als Nachlaßschuldner unter Berufung auf sein angebliches Erbrecht und die damit verbundene Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person die Erfüllung der Forderung verweigert. M. E. bietet der Wortlaut des § 2018 keine Möglichkeit und die ratio dieser Vorschrift keine Veranlassung, diese Frage zu bejahen. Die unmittelbare Anwendbarkeit des § 2018 auf diesen Fall scheitert daran, daß der Erbprätendent nichts aus der Erbschaft erlangt hat. Der Gegenstand der Forderung gehört nicht zum Nachlaß, sondern nur das Forderungsrecht. Auf dieses hat der Erbprätendent keinerlei Einfluß. Es besteht auch dann fort, wenn er erklärt, nicht leisten zu wollen, da er sich nicht einseitig vom Vertrage lossagen kann. Strohal a. a. O. erklärt, ein Erlangen im Sinne des § 2018 liege insofern vor, als der Prätendent lediglich zufolge seiner Erbrechtsanmaßung behalte, was er als Schuldner hätte leisten müssen. Ferner kämen ihm tatsächlich die Nutzungen des zu leistenden Gegenstandes zu und er entziehe sich der Haftung für Zinsen. Endemann a. a. O. bezeichnet diese Auffassung mit Recht als gekünstelt und mit der Natur wie dem Zweck des Erbschaftsanspruches in Widerspruch stehend. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluß, da diese Frage in der Kommission nicht erörtert worden ist. Man hat auch hieran sicherlich nicht gedacht, als man in der II. Kommission im Text des § 2018 an die Stelle des „vorenthalten" „erlangen" setzte. Wie die Protokolle ergeben[43]), geschah dies zum Zweck der Beweiserleichterung für den klagenden Erben.

Nach den oben gewonnenen Erkenntnissen ist die Erbschaftsklage ihrem Sinn und Zweck nach da zu gewähren, wo jemand durch sein Verhalten, insbesondere durch Eingriffe in den Nachlaß seine Nichtachtung fremden Erbrechts zu erkennen gibt. Nur in dem tatsächlichen An-sich-bringen von Nachlaßgegenständen, nicht schon in bloßem Bestreiten erblickten wir die den Erbschaftsanspruch begründende Verletzung des Erbrechts. Hiervon kann bei dem die geschul-

---

[42]) Dafür: Kipp, § 67, 4; Fr. Leonhard § 2018, II, B, 2 d; Planck, Bem. 33 zu § 2018; Strohal § 94, II, 2 a; R.G.Komm. § 2018, Bem. 3 a E.

Dagegen: Binder, III, S. 397; Staudinger § 2018 III, B, 3; Endemann § 153, Anm. 19; R. Leonhard S. 110; Hellwig S. 542; Langheineken S. 151, 152.

Scherer, Erbrecht 1900, § 2018; Siber, a. a. O. S. 126.

Zweifelnd: Kretzschmar § 69, Anm. 19; dagegen auch Mayer, a. a. O. § 79.

Der E. v. Schmitt lehnte die Zulassung der Erbschkl. nur in dem Fall ab, daß der Schuldner die Erfüllung weigere, ohne sich auf sein eigenes Erbrecht zu berufen. Ein solcher sei nicht poss. p. poss. Anders der p. herede Vorenthaltende. § 332 des E. sprach ausdrücklich von der „Vorenthaltung" von Erbschaftsgegenständen. Das geltende Recht läßt eine solche Auslegung nicht zu.

[43]) Prot. 5, 701; siehe oben S. 37.

dete Leistung verweigernden Nachlaßschuldner keine Rede sein. Die Erbschaftsklage ist eine Restitutionsklage in dem Sinne, daß sie bezweckt, das Nachlaßvermögen so in die Hand des rechtmäßigen Erben zu bringen, wie es der Erblasser besessen hat. Veränderungen, die in dieser Hinsicht von Unbefugten durch Beiseitebringen von Nachlaßgegenständen vorgenommen worden sind, sollen wieder rückgängig gemacht werden. Der Schuldner, der die Erfüllung seiner Schuld verweigert, nimmt keine wieder rückgängig zu machende Veränderung mit dem Nachlaß vor. Sein Verhalten berührt den Nachlaß in keiner Weise. Mithin ist auch aus diesem inneren Grund kein Raum für eine Erbschaftsklage. Einen weiteren sachlichen Grund bringt Binder[44]). Er prüft, ob die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch auf den Erbschaftsschuldner sachlich anwendbar sind und kommt hier mit Recht zu einem negativen Ergebnis. Der Nachlaßschuldner, der sich als Erbprätendent gebärdet, ist nicht Erbschaftsbesitzer und unterliegt daher weder dem Erbschafts- noch dem Auskunftsanspruch.

Die Erörterung des soeben besprochenen Falles weist bereits in das Gebiet derjenigen Fälle hinüber, bei denen nach Lage der Dinge eine unmittelbare Anwendung des § 2018 rechtlich nicht immer möglich ist, die aber im Interesse des Erben, nicht zuletzt auch wegen des mit dem Erbschaftsanspruch verbundenen Anspruches auf Auskunfterteilung, eine erweiterte Anwendbarkeit dieser Vorschrift dringend erheischen. Häufig, jedoch nicht in allen hier in Frage kommenden Fällen, wird man, soweit es sich nur um die Feststellung des Bestehens eines Auskunftsanspruches handelt, von der zweifelhaften Feststellung des Erbschaftsbesitzes Abstand nehmen und einen Auskunftsanspruch aus der noch zu besprechenden Vorschrift des § 2027, Abs. II herleiten können. Das soll aber nicht hindern, an dieser Stelle den verschiedenen Möglichkeiten der erweiterten Anwendbarkeit des § 2018 und damit auch des § 2027, Abs. I, nachzugehen. Auch ist ja, wie noch zu zeigen ist, der Abs. II des § 2027 nur da anwendbar, wo es sich um Nachlaß s a c h e n handelt, eine Einschränkung, die, wie wir sahen, der § 2018 und damit auch der Abs. I des § 2027 nicht verträgt.

Daß die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch Anwendung finden, auch wenn nur ein einziger Gegenstand vom Erbprätendenten aus dem Nachlaß erlangt ist, versteht sich nach dem Gesetz von selbst, und das hat auch seinen guten Grund. Aber es läßt sich nicht bestreiten, daß unter Umständen der Erbe, wenn es sich um die Herausgabe eines einzelnen Gegenstandes handelt, mit der betreffenden Einzelklage ebenso gut zu seinem Ziele kommt. Den Hauptwert gewinnt für den Erben der Erbschaftsanspruch jedoch erst dann, wenn ihm vom Erbschaftsbesitzer der gesamte Nachlaß oder doch ein großer

[44]) a. a. O. S. 397 f.

Teil desselben vorenthalten wird. Hier kommt ihm so recht die ihm durch das Gesetz gewährte Möglichkeit zustatten, gegen den betreffenden Erbschaftsbesitzer mit einer Gesamtklage auf Herausgabe des Nachlasses vorgehen zu können. In diesen Fällen, wo der Erbe von dem Nachlaß meist noch nichts zu Gesicht bekommen hat und über seinen Umfang nur vom Hörensagen unterrichtet ist, ist vor allem das Auskunftsrecht für ihn von hervorragender Bedeutung, ohne das häufig eine erfolgreiche Verfolgung des Nachlasses gar nicht möglich ist. Der Fall, daß ein Dritter sich im Besitz des gesamten Nachlasses befindet, kommt aber häufig genug vor, auch ohne daß der Erlangung eine Erbrechtsanmaßung zugrunde gelegen hat. Dem Wortlaut des § 2018 nach sind dann die Vorschriften der §§ 2019 ff. nicht anwendbar. Das bedeutet aber, daß der Erbe, falls ihm die Herausgabe des Nachlasses aus irgendeinem Grunde verweigert wird, gezwungen ist, die sämtlichen Einzelansprüche, womöglich in den verschiedensten Gerichtsständen, geltend zu machen, und, was nicht minder wichtig ist, daß er einen Auskunftsanspruch, wie ihn § 2027, Abs. I gewährt, nicht hat.

Man wird daher von diesen praktischen Gesichtspunkten aus die Frage der erweiterten Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschaftsanspruch prüfen und, soweit es angängig ist, rechtliche Bedenken im Interesse des Erben zurückstellen müssen. In diesem Sinne erklärt ganz mit Recht Endemann[45]): „Da der Erbschaftsanspruch der einzige Gesamtanspruch zur Verfolgung des Nachlaßganzen ist, muß er im Sinne des Gesetzes auf alle Fälle ausgedehnt werden, in denen der Erbe die Verwirklichung seiner Erbenstellung durchsetzen soll, gleichgültig unter welchem Vorwand der Gegner sich den Erbschaftsbesitz angemaßt hat"[46]).

Diese Tendenz tritt deutlich im Gesetz selbst in Erscheinung, und zwar im § 2030. Hiernach wird dem Erben der Erbschaftsanspruch auch gegen den gewährt, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erworben hat. Bezeichnend und die obigen Ausführungen voll und ganz bestätigend ist, daß nur der Erwerber der Erbschaft, also des ganzen Nachlaßvermögens, nicht aber der Erwerber nur einzelner Nachlaßgegenstände dem Erbschaftsanspruch unterworfen wird. Die Gleichstellung des Erbschaftserwerbes mit dem Erbschaftsbesitzer hat zur Folge, daß ersterer auch zur Aus-

[45]) a. a. O. § 153, I, c 1.

[46]) Aehnlich auch Langheineken a. a. O. (S. 153): Ueberblickt man die Anwendungsfälle des Erbschaftsanspruchs, so wird man deren gemeinsames Charakteristikum darin finden, daß das Verhalten des „Erbschaftsbesitzers" im Sinne des § 2018 nicht sowohl aus der Prätension eigenen Erbrechts oder der Wahrnehmung des Erbrechts eines dominus hervorgegangen zu sein braucht, als vielmehr in einem „objektiv" widerrechtlichen Angriff auf die Rechtsposition des wahren Erben, also auf dessen Erbrecht.

kunftserteilung gemäß § 2027, Abs. I, verpflichtet ist[47]). Der § 2030 bedarf noch in einigen Punkten des näheren Eingehens.

In das BGB. eingeführt wurde diese hereditatis petitio utilis, die dem gemeinen und dem preußischen Recht wohlbekannt war, erst auf Grund der Beratungen der II. Kommission. § 2030 setzt in erster Linie den Abschluß eines auf die Veräußerung der Erbschaft gerichteten Vertrages voraus. Hier kommt vor allem der Erbschaftskauf gemäß § 2371 in Frage, sowie die Verträge, auf die gemäß § 2385 die Vorschriften über den Erbschaftskauf entsprechende Anwendung finden. Endemann[48]) meint, daß nur d e r Erwerber passivlegitimiert sei, für den das Erbrecht des Veräußerers den Rechtsgrund seines Erwerbers bilde und der zugleich die Rechtsstellung eines Erwerbers an Erbesstatt einnehme, nicht aber ein Erwerber, für den der Veräußerer lediglich als Eigentümer in Betracht komme, ohne Rücksicht darauf, ob er das veräußerte Recht als Erbe oder anderswie erlangt habe. M. E. zwingt der Wortlaut zu dieser Einschränkung nicht. Das Entscheidende ist nicht, daß der Erwerber weiß, daß er eine fremde Erbschaft erwirbt, sondern vielmehr, daß alles das, was kraft Erbfolge dem Erben gebührt, auf ihn übertragen werden soll. Auf keinen Fall befreit den Erwerber sein etwa vorhandener guter Glaube an das Erbrecht bezw. das Eigentum des veräußernden Erbschaftsbesitzers von der Herausgabe- und Auskunftspflicht. Auch kann er sich von dieser Pflicht nicht dadurch lösen, daß er sich zur Zahlung eines dem Werte der Erbschaft entsprechenden Geldbetrages erbietet.

Bezeichnet sich der Erbschaftsbesitzer nur als Teilerbe und veräußert er nach Maßgabe des § 2033 seinen angeblichen Erbteil, so findet § 2030 auf den Erwerber ebenfalls Anwendung. Solange im Fall der Veräußerung der gesamten Erbschaft der Erwerber nicht von dem Nachlaß tatsächlich Besitz ergriffen hat, bezw. bei Veräußerung eines Erbteils ihm nicht der Mitbesitz und sei es auch nur an e i n e m Erbschaftsgegenstand eingeräumt worden ist, ist der Erbschaftsanspruch und damit auch der Auskunftsanspruch nicht gegeben. Anders wie im Fall des § 2382 erzeugt hier der Abschluß des Veräußerungsvertrages allein noch keine Haftungspflicht für den Erwerber.

Nach dem Wortlaut des § 2030 hat es den Anschein, als ob der Erbe nur dann geschützt würde, wenn die Veräußerung des Nachlasses durch den Erbschaftsbesitzer auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden vorgenommen worden ist. Eine solche ein-

[47]) Von dieser Haftung ist er selbst dann nicht befreit, wenn er gutgläubig, im Vertrauen auf einen dem Veräußerer erteilten Erbschein die Erbschaft erworben hat. § 2366 schützt nur den Erwerber eines einzelnen Erbschaftsgegenstandes.

[48]) Lehrbuch, § 153, III, a 1.

schränkende Auslegung, die dem Sinn und dem Zweck der Gesetzesvorschrift widerspricht, würde den stärksten Anreiz bilden, das Gesetz zum Nachteil des Erben zu umgehen, ohne daß eine solche Umgehung das Rechtsgeschäft in jedem Fall nichtig machen würde. Mit Recht erklärt daher die Mehrzahl der Schriftsteller[49]) den § 2030 für entsprechend anwendbar, wenn ein Dritter die Erbschaft auf Grund eines Vermächtnisses des Erbschaftsbesitzers erworben hat. Das bedeutet dann, daß ein solcher Vermächtnisnehmer zugleich verpflichtet ist, dem Erben nach Maßgabe des § 2027, Abs. I Auskunft zu erteilen.

Mit dem Tode des Erbschaftsbesitzers erlischt naturgemäß der gegen ihn gerichtete Auskunftsanspruch[50]). Er ist auf den Erben des Erbschaftsbesitzers nicht passiv vererblich. Ob auch dieser der gleichen Auskunftspflicht unterliegt, wie sein Erblasser, hängt allein davon ab, ob er gleich ihm Erbschaftsbesitzer bezüglich des von diesem in Anspruch genommenen fremden Nachlasses geworden ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn er die Herausgabe des fremden Nachlasses mit der Behauptung verweigert, die Nachlaßgegenstände habe sein Erblasser kraft Erbfolge zu Eigentum oder berechtigtem Besitz erworben. Hiermit prätendiert auch er, wenn auch mittelbar über seinen Erblasser, als den ursprünglichen Erbschaftsbesitzer, ein Erbrecht nach demselben Erblasser, wie der die Herausgabe der Gegenstände verlangende andere Erbe. Er unterliegt daher dem Erbschaftsanspruch und damit auch der Auskunftspflicht nach Maßgabe des § 2027, Abs. I. Entsprechend der Regelung bei der Sonderrechtsnachfolge[51]) ist der Erbschaftsanspruch gegen den Erben des Erbschaftsbesitzers nicht schon durch den Eintritt des Erbfalls allein

---

[49]) So Planck § 2030; Fr. Leonhard § 2030, Bem. II; Strohal § 15, Anm. 15; Binder III, 400; Dernburg § 154, Anm. 12; Kretzschmar § 69, Anm. 18; Staudinger § 2030, Bem. 2; Endemann § 153, Anm. 25; R.G.Komm. § 2030, Bem. 1 a E.; Kipp § 67, Anm. 10. Allgemein zu § 2030: W. Bellermann, Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsveräußerung 1910; Landsberg, Erbschaftsanspruch, Diss., Heid. 1908, S. 34; Prot. 5, 724; Leineweber, hered. pet. 1899.

[50]) So Kipp, a. a. O. § 67, IV; Planck, a. a. O., § 2027, Bem. 4; Staudinger, a. a. O., § 2027, Bem. 1.

Abweichend: Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 549: „Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers und der sonst Auskunftsverpflichteten muß auf deren Erben übergehen, nur brauchen diese natürlich nicht mehr zu sagen, als sie wissen." Daß der Erbe des Erbschaftsbesitzers dem Erbschaftsanspruch auf Herausgabe des Nachlasses haftet, hat einen anderen Grund. Zutreffend in dieser Hinsicht Endemann, Lehrbuch, § 153, III: Den Erben des Erbschbes. trifft die Haftung auf Herausgabe und Aussonderung des ihm angeblich vererbten Nachlasses bereits als Nachlaßverbindlichkeit"; ebenso F. Leonhard, a. a. O. § 2018, II, B, 1 f: „Der Erbe des Erbschbes. ist ebenfalls dem Erbschaftsanspruch unterworfen, ohne Rücksicht darauf, wie er sich die Rechtslage denkt."

[51]) § 2030 B.G.B.

begründet, sondern es muß auch hier die tatsächliche Ergreifung, wenn auch nur eines Nachlaßgegenstandes, hinzutreten. Gibt der Erbe des Erbschaftsbesitzers den umstrittenen Nachlaß sofort heraus, so erkennt er damit an, daß sein Erblasser zu Unrecht jenes Erbrecht prätendiert habe. Er selbst ist dann nicht Erbschaftsbesitzer hinsichtlich dieses Nachlasses und daher auch weder dem Erbschaftsanspruch noch dem Auskunftsanspruch unterworfen.

Zweifelhaft, aber von dem hier eingenommenen Standpunkt aus zu bejahen, ist die Frage, ob der endgültig berufene Erbe mit der Erbschaftsklage gegen den vorgehen kann, der als vorläufiger Erbe sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt und sodann die Erbschaft ausgeschlagen oder eine bereits erfolgte Annahme angefochten hat. Die gleiche Frage erhebt sich, wenn nach Ergreifung des Nachlasses ein Erbe für erbunwürdig erklärt wird oder das Testament, das ihn zum Erben berief, wirksam angefochten wird. Eine Reihe von Schriftstellern[52]) bejahen die Frage in den beiden letzten Fällen und verneinen sie in dem erstgedachten Falle. So meint Kretzschmar a. a. O., der Ausschlagende sei nicht Erbschaftsbesitzer, denn das, was er innehabe, das habe er in Wirklichkeit auf Grund eines ihm zustehenden Erbrechts erlangt. M. E. ist die Rechtslage in allen drei Fällen die gleiche. Auch der für erbunwürdig Erklärte und der durch die Anfechtung seines Erbrechts verlustig Gehende ist zunächst Erbe und nimmt daher auch die Erbschaft als Berechtigter an sich. Auch in diesen beiden Fällen hört das Erbesein mit rückwirkender Kraft auf, so daß es so angesehen wird, als wären die Betreffenden niemals Erbe geworden. Als Erbschaftsbesitzer im technischen Sinne kann man keine von diesen Personen bezeichnen, und doch ist in gleicher Weise in allen drei Fällen die Zulassung des Erbschaftsanspruchs gerechtfertigt, besonders mit Rücksicht auf das damit verbundene Recht auf Auskunftserteilung nach Maßgabe des § 2027, Abs. I. Daß der vorläufige Erbe dem endgültig Berufenen, daneben auch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag haftet[53]), steht nicht entgegen. Zwar hat auch der Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß § 681, 666 Auskunft zu erteilen, aber der Inhalt der auf Grund dieser Vorschriften zu erteilenden Auskunft ist nicht so umfangreich wie der, der nach § 2027 zu erteilenden, so daß der Erbe bei Versagung des erbrechtlichen Auskunftsanspruchs ohne Grund ungünstiger gestellt wäre. Daß sich das Rechtsverhältnis zwischen dem vorläufigen und dem endgültigen

---

[52]) Kretzschmar § 69, II, 4; Siber, a. a. O. S. 125; Fr. Leonhard § 2018, II, B, 1 e; Staudinger § 2018, III, B, 1 a. E.; R.G.Komm. § 2018, Bem. 2; Kipp, a. a. O. § 67, III, die den vorl. Erben lediglich als negotiorum gestor hatten lassen. Wie hier auch Endemann, Lehrbuch § 153, I, a 1; ders. Grundrisse § 55, II, a; Borcherdt, a. a. O., § 66.

[53]) § 1959 B.G.B.

Erben ausschließlich nach den Regeln der auftragslosen Geschäftsführung richtet, besagt der § 1959 nicht.

In diesen Zusammenhang gehört auch folgender von Strohal[54]) gebildeter Fall: Der Vormund eines bereits verstorbenen Kindes, dessen Tod den Anfall einer Erbschaft vereitelt hat, setzt sich in den Besitz eben dieser Erbschaft und verweigert dem Erben deren Herausgabe unter Berufung auf das Erbrecht seines Mündels. Daß der Vormund hier nicht Erbschaftsbesitzer ist, darüber ist man sich allgemein einig, denn er nimmt eigenes Erbrecht nicht in Anspruch. Gleichwohl wollen ihn die Mehrzahl der Schriftsteller mit Recht als Erbschaftsbesitzer behandelt wissen. So Binder[55]) mit der allgemeinen Begründung: dem Erbschaftsbesitzer im Sinne des B.G.B müsse der gleichstehen, der sich für seinen Erbschaftsbesitz auf das angebliche Erbrecht eines anderen beruft, zu dessen Vertretung er berechtigt zu sein behauptet[56]). Unterliegt der Vormund in diesem Fall dem Erbschaftsanspruch, so hat er dem Erben auch nach Maßgabe des § 2027, I Auskunft zu erteilen.

Ob auch der Vorerbe dem Nacherben gemäß § 2027, I Auskunft zu erteilen hat, beurteilt sich danach, ob auf die zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch anwendbar sind. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Nacherbfall eingetreten ist und damit der Vorerbe aufgehört hat, Erbe zu sein. Das sich für den Nacherben während des Bestehens der Vorerbschaft unter Umständen gemäß § 2127 ergebende Recht auf Auskunftserteilung ist von dem hier zu behandelnden streng zu scheiden und soll weiter unten dargestellt werden.

Das Gesetz bestimmt in § 2130, daß der Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge verpflichtet ist, dem Nacherben die Erbschaft herauszugeben. Wir haben also auch hier die gleiche tatsächliche Lage, wie in den zuvor besprochenen Fällen: die Erbschaft als Ganzes befindet sich in der Hand eines zu ihrer Innehabung nicht mehr berechtigten Dritten, von dem sie der Erbe herausverlangt. Wenn der Vorerbe dem Nacherben die Herausgabe des gesamten Nachlasses verweigert, weil er den Eintritt der Nacherbfolge bestreitet, so kann man ihn unbedenklich als Erbschaftsbesitzer behandeln. Denn er nimmt dann gegenüber dem Erbrecht des Nacherben eigenes Erbrecht für sich in Anspruch. Allerdings hat er auf Grund dieser Erbrechtsanmaßung nichts „erlangt", sondern enthält lediglich dem Nacherben das diesem Gebührende vor. Das kann aber angesichts der gewichtigen Gründe, die für die Zulassung des Erbschafts-

---

[54]) a. a. O. § 94, II, 2 a, β.

[55]) a. a. O. S. 394.

[56]) Zustimmend: Fr. Leonhard § 2018, II, B, 1c; Planck § 2018, Bem. 2b; Dernburg § 154, Anm. 9; Langheineken S. 152.

Gegen diese erweiterte Auslegung: Staudinger, § 2018, III, B, 1.

anspruches sprechen, nicht ausschlaggebend sein. Daß der Erbschaftsanspruch sich in diesem Fall nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 2130 ff., insbesondere des § 2140 S. 1 modifiziert, ist Langheineken[57]) nhne weiteres zuzugeben. Auch Strohall[58]) hält den Erbschaftsanspruch hier für zulässig, meint aber, daß die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch nicht schlechtweg durchgreifen[59]).

Bestreitet dagegen der Vorerbe den Eintritt der Nacherbfolge nicht, verweigert er aber die Herausgabe des Nachlasses etwa aus dem Grunde, weil er Ersatz für Aufwendungen geltend macht oder auch aus reiner Böswilligkeit, so ist er fraglos nicht Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018. Der Herausgabeanspruch des Nacherben richtet sich also allein nach den Vorschriften der §§ 2130 ff.[60]). Aber wenn auch dieser Anspruch mit dem Erbschaftsanspruch theoretisch nichts gemein hat, so wird es doch, wie Strohal[61]) zutreffend ausführt, zulässig sein, die auf den letzteren sich beziehenden Vorschriften zur Ausgestaltung des ersteren ergänzungsweise heranzuziehen. Zu den in Frage kommenden Ergänzungsvorschriften wird man vor allem die des § 2027 Abs. I rechnen müssen. Man wird also dem Nacherben in diesem Fall das Recht einräumen müssen, neben der Rechenschaftsablage nach § 2130 Abs. II auch Erteilung einer Auskunft gemäß § 2027 zu verlangen.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen versteht es sich von selbst, daß die Erbschaftsklage und damit auch der Auskunftsanspruch dann nicht gegeben sind, wenn der Vorerbe nicht den gesamten Nachlaß, sondern lediglich einzelne Gegenstände einbehält. Der Nacherbe bleibt hier auf die Anstellung der Einzelklage angewiesen.

Schließlich ist noch der Frage nachzugehen, ob die zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Personen wie der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentsvollstrecker, dem Erbschaftsanspruch unterworfen sind, und demzufolge dem Erben wie ein Erbschaftsbesitzer Auskunft zu erteilen haben. Die Frage ist zu verneinen. In der Literatur ist es wohl nur Franz Leonhard[62]), der zu dem Ergebnis kommt, daß man auch gegen diese Personen den Erbschaftsanspruch zulassen müsse. Er meint, es sei nicht folgerichtig, wenn man in dem von Strohal gebildeten Fall mit dem Vormund[63]) den Erbschaftsbesitz anerkenne und ihn hier bestreite, weil sich die II. Kommission bei der Beratung

---

[57]) a. a. O. S. 154.
[58]) a. a. O. § 94.
[59]) Für die Zulassung des Erbschaftsanspruches bereits E. v. Schmitt S. 204; ferner Planck § 2018, 2 b; Binder III, 394/95; Staudinger § 2018, III A. Dagegen: Siber, a. a. O. S. 125; zweifelnd: Mayer, a. a. O. § 79.
[60]) Siehe auch Cosack, a. a. O. § 169, I, 3.
[61]) a. a. O. § 94, Anm. 9.
[62]) a. a. O. § 2018, II, B, 1 c.
[63]) Siehe oben S. 48.

des B.G.B. dagegen ausgesprochen habe. In beiden Fällen sei das Bedürfnis des Erben, auf Herausgabe der Erbschaft klagen zu können, das gleiche. Nur darin liege allerdings ein Unterschied, daß diese Personen nicht bindend über das Erbrecht prozessieren könnten.

M. E. erfuhren die hier zu behandelnden Fälle und der Strohalsche Fall mit dem Vormund nicht mit Rücksicht auf die Ansicht der II. Kommission eine unterschiedliche Beurteilung, sondern weil die Fälle sich in ihren tatsächlichen Voraussetzungen nicht gleichen. Gleichheit der Voraussetzungen wäre nur dann gegeben, wenn sich jemand beispielsweise gestützt auf ein offensichtlich nichtiges Testament, als Testamentsvollstrecker geriert und den Nachlaß an sich nimmt, oder wenn jemand ein gleiches als Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter tut, ohne daß ein Nachlaßgericht ihn hierzu ernannt hätte. In diesen Fällen ist ebenso wie in dem Strohal'schen Vormundsfall die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftsanspruch durchaus gerechtfertigt.

Ist aber vom Nachlaßgericht ein Nachlaßpfleger ordnungsgemäß für einen der Person nach nicht bekannten Erben bestellt worden, und taucht dann der Erbe auf, so kann er von dem Pfleger weder mit dem Erbschaftsanspruch die Herausgabe des Nachlasses verlangen, noch ihn zur Erteilung einer Auskunft nach Maßgabe des § 2027 Abs. I anhalten, denn der rechtmäßige Nachlaßpfleger ist niemals Erbschaftsbesitzer im technischen Sinne. Weder prätendiert er eigenes Erbrecht noch negiert er das des Erben, sondern er erfüllt lediglich im Interesse des wahren Erben die ihm vom Nachlaßgericht auferlegten Pflichten. Ist der Erbe in der Lage, die Verwaltung des Nachlasses selbst in die Hand zu nehmen, so mag er beim Nachlaßgericht die Aufhebung der Pflegschaft beantragen. Solange die Aufhebung nicht erfolgt ist, ist der Pfleger zum Besitz des Nachlasses berechtigt, ja zur Inbesitznahme verpflichtet, und solange kann der Erbe dessen Ausfolgerung nicht verlangen.

Das gleiche gilt hinsichtlich der anderen Verwalter des Nachlasses. Ist z. B. auf Antrag eines falsus heres die Nachlaßverwaltung angeordnet, so kann der wahre Erbe gegen den Nachlaßverwalter, solange das Nachlaßgericht die Verwaltung nicht aufgehoben hat, nicht mit der Erbschaftsklage vorgehen. Hat der Erblasser einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, jedoch einzelne Gegenstände von der Verwaltung ausgenommen, so kann der Erbe, falls der Testamentsvollstrecker auch diese in Besitz genommen hat, die Herausgabe verlangen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß auf diesen Herausgabeanspruch die Vorschrift über den Erbschaftsanspruch keine Anwendung finden; denn hier fehlt es an der für die entsprechende Anwendung des Erbschaftsanspruchs unerläßlichen Voraussetzung, daß dem Erben die Erbschaft im Ganzen vorenthalten wird.

Einige Schriftsteller weisen in diesem Zusammenhang auf einen denkbaren Ausnahmefall hin, den Hellwig[64]) folgendermaßen bildet: „Vater und Sohn sterben kurze Zeit nacheinander. Ueber den Nachlaß des später verstorbenen Sohnes wird eine Pflegschaft eingerichtet, weil der Erbe unbekannt ist. Der Vater hatte ein Testament errichtet, in welchem ein Dritter X. zum Erben eingesetzt ist. Der Pfleger erachtet das Testament für nichtig und nimmt deshalb auch den Nachlaß des Vaters als eine dem Sohn angefallene Erbschaft in Besitz." Verlangt jetzt X. die Herausgabe des ihm kraft Testaments angefallenen Nachlasses, so wird er das mit der entsprechend anzuwendenden Erbschaftsklage tun können, denn seinem Erbrecht setzt der Pfleger das der von ihm vertretenen, bislang noch unbekannten Person entgegen. Demzufolge wird der X. von dem Pfleger auch Auskunft über den herausverlangten Nachlaß nach § 2027 Abs. 1 verlangen können. Ein Gleiches gilt, wenn ein Nachlaßkonkursverwalter fälschlich die einem anderen zustehende Erbschaft in die Masse einbezogen hat.

Wird die Nachlaßpflegschaft oder die Nachlaßverwaltung oder der Nachlaßkonkurs vom Nachlaßgericht aufgehoben oder erlischt das Amt des Testamentsvollstreckers, dann haben die Personen, die den Nachlaß bisher verwaltet haben, diesen an den Erben herauszugeben. Ob der Erbe dann von ihnen gemäß § 2027, Abs. I Auskunft verlangen kann, hängt allein davon ab, ob man auf diesen Herausgabeanspruch des Erben, der sicherlich nicht ein Erbschaftsanspruch im technischen Sinne ist, die Vorschriften über den letzteren entsprechend anwenden kann oder nicht. Die entscheidende Frage ist auch hier wieder, ob ein Bedürfnis für die Zulassung des Erbschaftsanspruches vorhanden ist. Dies ist zu verneinen. Auf diesen Standpunkt hat sich auch die II. Kommission gestellt und daher alle Anträge, die auf eine Zulassung des Erbschaftsanspruchs hinzielten, abgelehnt, und zwar deshalb, weil die das Verhältnis der genannten Personen zum Erben regelnden Spezialvorschriften dem Erben hinreichend Schutz böten. Dieser, im übrigen auch herrschenden Ansicht, ist unbedingt beizupflichten[65]). Erlischt das Amt des Testamentsvollstreckers, so findet nach § 2218 der § 666 entsprechende Anwendung, d. h. der Testamentsvollstrecker hat dem Erben nach Maßgabe des § 259 Rechenschaft abzulegen. Wird die Nachlaßpflegeschaft oder die Nachlaßverwaltung aufgehoben, so besteht für den Pfleger bezw. den Nachlaßverwalter auf Grund der §§ 1915, 1890 die gleiche Verpflichtung. Da ferner die genannten Personen zur Herausgabe des Nachlasses, also eines Inbegriffes von Gegenständen verpflichtet sind, haben sie nach § 260 dem Erben

[64]) a. a. O. S. 71, Anm. 8; Strohal, a. a. O. S. 380, Anm. 5.
[65]) Vergl. auch Binder III, 391 ff.; Endemann, Lehrbuch, § 153, I, b, 1—2; Hellwig, § 9; Langheineken S. 155, 156; Planck, § 2018, 1, b.

ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Mit Rücksicht hierauf ist ein Bedürfnis für den Erben, nach § 2027 Auskunft verlangen zu können, nicht anzuerkennen.

§ 7.
Besitz von Nachlaßgegenständen.

Im Vorangegangenen wurde der Auskunftsanspruch des Erben behandelt, der ihm stets dann zu Gebote steht, wenn er berechtigt ist, den Erbschaftsanspruch geltend zu machen. Der Absatz II des § 2027 erweitert das Auskunftsrecht des Erben noch bedeutend. Auch wer für die Erbschaftsklage nicht passivlegimiert ist, hat dem Erben in gleichem Umfang wie ein Erbschaftsbesitzer Auskunft zu erteilen, wenn er eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat. Hierunter fallen, wie aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zu entnehmen ist, vor allem diejenigen Personen, die nach dem früher geltenden Recht als possessores pro possessore auch dem Erbschaftsanspruch unterworfen waren. Es war bereits erwähnt worden, daß die zweite Kommission alle Anträge, die darauf hinausliefen, entsprechend dem früheren Recht die Erbschaftsklage auch gegen den possessor pro possessore zu gewähren, abgelehnt worden waren mit der Begründung, daß, soweit nicht eine Verletzung des Erbrechts vorläge, die vorhandenen Besitzschutzansprüche in Verbindung mit § 857 dem Erben hinreichend Schutz gewährten. Man konnte sich aber der Einsicht nicht verschließen, daß die Belange des Erben erheblich gefährdet wären, wenn ihm gegen den possessor pro possessore nicht wenigstens ein Auskunftsanspruch gegeben würde und nahm daher die Vorschrift des § 2027, Abs. II in das Gesetz auf. Man hat aber den Begriff des possessor pro possessore nicht einfach übernommen, wozu ja bei der großen Unklarheit, die über diesen Begriff herrschte, keine Veranlassung war, sondern ist bei Aufstellung der Voraussetzungen, unter denen nach § 2027, Abs. II Auskunft zu erteilen ist, eigene Wege gegangen.

Wie R. Leonhard[1]) nachweist, ist das Anwendungsgebiet des § 2027, Abs. II teils enger teils weiter als der Begriff des possessor pro possessore reichte. So konnte nach römischem Recht nicht nur der Sachbesitzer, sondern auch der Rechtsbesitzer possessor pro possessore sein. Für den possessor pro possessore war es auch unerheblich, ob er vor oder nach dem Erbfall dem Erblasser in böser Absicht eine Sache vorweggenommen hatte.

Die Regelung des B.G.B. weicht in beiden Punkten von dem römischen Recht ab. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes fällt

[1]) a. a. O. § 23.

unter § 2027, Abs. II nur der, der eine Sache aus dem Nachlaß an sich nimmt, und „aus dem Nachlaß" bedeutet, daß nur eine solche Wegnahme in Betracht kommt, die zeitlich nach dem Erbfall erfolgt. Die Auskunftspflicht auch an eine Wegnahme vor dem Erbfall zu knüpfen, hatte man keine Veranlassung, da man dann jedem Dieb eine entsprechende Auskunftspflicht hätte auferlegen müssen. Hier aber wollte man den Erben „gegen die ganz besondere Gefahr schützen, die in der Ausplünderung einer ihm noch unbekannten Nachlaßmasse liegt"[2]). Aus dem gleichen Grunde wird die Auskunftspflicht dann nicht begründet, wenn der Eingriff geschieht, nachdem der Erbe den nach § 857 nur fiktiv erworbenen Besitz bereits tatsächlich ergriffen hat. Weiß der Ergreifende nicht, daß die Sache, die er an sich nimmt, zu einem ruhenden Nachlaß gehört, handelt es sich z. B. um einen Dieb, der aus dem Sterbehause eine Nachlaßsache stiehlt, bevor der Erbe von dem Nachlaß tatsächlich Besitz ergriffen hat, so unterliegt er naturgemäß der Auskunftspflicht des § 2027, Abs. II nicht.

Nach römischem Recht konnte der negotiorum gestor nicht possessor pro possessore sein; denn er hatte für seinen Besitz einen Titel. Für eine solche Einschränkung ist im geltenden Recht kein Raum. Der Abs. II des § 2027 findet unterschiedslos auf gut- und bösgläubige, auf berechtigte und unberechtigte Besitzer Anwendung. Also auch der, der von dem Erben die Herausgabe einer bestimmten Sache beanspruchen kann, etwa weil sie ihm gehört, ihm vermietet oder, wie er genau weiß, ihm vom Erblasser vermacht ist, wird auskunftspflichtig, wenn er diese Sache in dem fraglichen Zeitraum aus dem Nachlaß eigenmächtig an sich nimmt. Nicht minder trifft die Auskunftspflicht den, der eine Sache nicht im eigenen Interesse, sondern, weil er sie für den wahren Erben aufbewahren will, aus dem Nachlaß entnimmt. Für den Gesetzgeber ist in diesem Fall der Gut- und der Bösgläubige gleich verdächtig. Welche und wieviele Sachen aus dem Nachlaß entnommen werden, ist unerheblich. Theoretisch begründet die Wegnahme einer einzigen Stecknadel bereits die Auskunftspflicht. Stets muß aber eine tatsächliche Inbesitznahme stattgefunden haben. Wer nur erbschaftliche Geschäfte führt, macht sich dadurch noch nicht auskunftspflichtig. So hat das Kammergericht[3]) in einem Fall, in dem jemand das Sterbegeld für die Erblasserin erhoben und für ihre Beerdigung verwandt hatte, die auf § 2027, Abs. II gestützte Auskunftsklage abgewiesen. Bejaht hat es die Auskunftspflicht dagegen, wo jemand die Schlüssel zur Sterbewohnung an sich genommen hatte[4]). „Richtig ist zwar", so führt das Kammergericht in seiner Entscheidung aus,

[2]) So R. Leonhard, a. a. O.
[3]) O.L.G. 9, 386.
[4]) O.L.G. 9, 34.

„daß die Schlüssel nicht Eigentum der Erblasserin, sondern des Hauswirts waren, aber sie gehörten zur Mietswohnung der Erblasserin. Das Recht auf Besitz und Benutzung der Schlüssel gehörte also zum Nachlaß. Dem Beklagten liegt die Auskunftspflicht ob, zumal ihm mit dem Besitz der Schlüssel die Möglichkeit gegeben war, auch andere Teile des Nachlasses in Besitz zu nehmen."

Die Frage, ob auch der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentsvollstrecker gemäß § 2027, Abs. II auskunftspflichtig sind, wenn sie von den Nachlaßsachen Besitz ergreifen, ist unbedingt zu verneinen. Es widerspräche dem Sinn dieser Vorschrift und wäre auch höchst unbillig, wenn man diese Personen, die doch nur im Interesse des Erben bezw. seiner Gläubiger tätig werden, noch mit einer solchen Auskunftspflicht belasten wollte, für deren Zulassung auch nicht das geringste Bedürfnis vorhanden ist. Hinzu kommt, daß während des Bestehens einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses der Erbe das Recht zur Verwaltung des Nachlasses in vollem Umfang verliert und damit auch die Befugnis zur Geltendmachung seiner Auskunftsansprüche, gleichgültig, gegen wen sie sich richten.

Daß der Erbe dessen, der sich durch einen Eingriff in einen fremden Nachlaß nach § 2027, Abs. II auskunftspflichtig gemacht hat, nicht, weil er Erbe ist, ebenfalls auskunftspflichtig ist, versteht sich bei der höchstpersönlichen Natur dieser Verpflichtung von selbst, es sei denn, daß auch er sich durch einen Eingriff seinerseits auskunftspflichtig macht[5]).

§ 8.

Hausgenossen des Erblassers.

Einen weiteren Anspruch auf Auskunftserteilung gewährt das Gesetz dem Erben in § 2028 gegen alle Personen, die sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden haben. Während in den vorbesprochenen Fällen die Auskunftspflicht durch Handlungen der pflichtigen Personen begründet wurde, und zwar durch solche, die sich gegen den Nachlaß richteten und infolgedessen den Verdacht rechtfertigten, daß diese Personen sich in größerem Umfang unbefugte Eingriffe in den Nachlaß zum Nachteil des Erben erlaubt hatten, wird hier die Auskunftspflicht an die rein äußerliche Tatsache der häuslichen Gemeinschaft geknüpft. Während dort die in Frage kommenden Personen es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn sie dem Erben Rede und Antwort stehen müssen, ist die Auskunftspflicht hier von Umständen abhängig, auf die sie selbst häufig keinen Einfluß haben. Gemessen an der hohen

[5]) R.G. in L.Z. 1919, Sp. 392.

Bedeutung, die dieses Auskunftsrecht für den Erben hat, ist jedoch die Last, die die Pflicht zur Auskunftserteilung für die Hausgenossen des Erblassers darstellt, so gering, daß von einer unbilligen Härte hier keine Rede sein kann.

Entgegen dem I. Entwurf zum B.G.B. entschloß sich daher die II. Kommission für die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift. Man ging dabei von der Erwägung aus, dadurch die Zeugnispflicht, die den Hausgenossen im Prozeß kraft öffentlichen Rechts obliege, zu einer auch außerhalb des Prozesses bestehenden, zivilrechtlichen umgestaltet werde. Hierin liegt gerade die besondere Bedeutung dieser Vorschrift. Häufig werden, sei es durch Testament oder auf Grund der Gesetze, solche Personen zu Erben berufen, die zu dem Lebenskreis des Erblassers so gut wie gar keine Beziehungen unterhalten haben. Sie wissen mithin meist gar nicht, was alles in der Nachlaßmasse enthalten ist. Wohnen sie vom letzten Wohnsitz des Erblassers weit entfernt, dann vergeht unter Umständen eine geraume Zeit, bis sie sich über den Umfang des ihnen angefallenen Nachlasses durch zuverlässige Personen unterrichtet haben und womöglich eine noch längere, bis sie in der Lage sind, selbst von dem Nachlaß tatsächlich Besitz zu ergreifen. Auch die Fürsorge des Nachlaßgerichts kommt bisweilen zu spät. In der Zwischenzeit können Unbefugte sich in guter oder böser Absicht mit dem Nachlaß befaßt und dem Erben erheblichen Schaden zugefügt haben. Das Gesetz gewährt zwar dem Erben eine ganze Reihe von Ansprüchen, die ihm zu seinem Recht zu verhelfen geeignet sind, will aber der Erbe den Prozeßweg beschreiten, so muß er zuvor genau wissen, gegen wen und worauf er die Klage richten will. Auch die Geltendmachung des dem Erben in § 2027, Abs. II gewährten Auskunftsrechts setzt voraus, daß der Erbe weiß, wer vor seiner eigenen tatsächlichen Besitzergreifung Sachen aus dem Nachlaß in Besitz genommen hat.

Wer sollte aber zur Vermittlung dieser Kenntnis eher in der Lage sein als die Personen, die sich mit dem Erblasser zur Zeit seines Todes in häuslicher Gemeinschaft befunden haben, zumal diese Personen in der Regel das Sterbehaus nicht sofort nach dem Todesfall verlassen. Sie allein könne die beste Auskunft über das Schicksal der Nachlaßgegenstände geben. Erst auf Grund ihrer Auskunft kann der Erbe zuverlässig erfahren, wer auf Herausgabe, wer auf Auskunftserteilung, wer als Geschäftsführer ohne Auftrag und wer als Erbschaftsbesitzer haftet.

Die hervorragende Bedeutung eines solchen Auskunftsrechts für den Schutz der Interessen des Erben wurde nicht erst bei der Beratung des B.G.B. erkannt. Die Auskunftspflicht der Hausgenossen des Erblassers war auch schon der gemeinrechtlichen Praxis bekannt

und sowohl im preußischen Recht wie auch im code de procédure finden sich entsprechende Vorschriften[1]).

Wer soll nun dem Auskunftsanspruch unterworfen sein? Nach dem Wortlaut des Gesetzes jeder, der mit dem Erblasser zur Zeit des Erbfalls in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Der Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" ist nicht ohne weiteres fest umgrenzt. Daß er nicht notwendig Zugehörigkeit zum Hausstand, wie in § 1617, oder gar Familienzugehörigkeit und Unterhaltsbezug, wie in § 1969, voraussetzt, ist klar. Andererseits darf man mit Rücksicht auf die ratio der Gesetzesvorschrift hier nicht so enge Grenzen ziehen, wie bei der Auslegung desselben Begriffes in den §§ 617, 618, Abs. II, 1358, Abs. II, 1567, 1571, Abs. II[2]).

Man muß, wenn man im Falle des § 2028 an die Auslegung dieses Begriffes herangeht, sich vor allem vor Augen halten, daß der § 2028 dem Schutz der Interessen des Erben zu dienen bestimmt ist. Wie bei der Schaffung der Vorschrift, muß auch bei ihrer Auslegung dieser Gesichtspunkt in den Vordergrund gerückt werden. Das Interesse des Erben erfordert aber eine möglichst weitgehende Interpretation des Begriffes und die die Rechtsprechung, die sich zu dieser Frage bisher gebildet hat, hat dem auch stets Rechnung getragen. Grundlegend ist in dieser Hinsicht die voll und ganz zu billigende Entscheidung des Reichsgerichts im 80. Bande, S. 285. Das Reichsgericht betont hier zunächst, daß es sich bei dem § 2028 um eine aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeführte Vorschrift handelt, und daher bei ihrer Auslegung wesentliches Gewicht auf den Zweck gelegt werden muß, der damit erreicht werden soll. Es fährt dann fort: „Auskunftspflichtig soll der sein, bei welchem man nach den räumlichen und persönlichen Beziehungen, die zwischen ihm und dem Erblasser bestanden hatten, eine Kenntnis im Sinne des § 2028 vermuten kann. Wann letzteres der Fall ist, kann nicht nach allgemein gefaßten Regeln, sondern nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entschieden werden."

Dies ist der Schlüssel, mit dem man in allen praktischen Fällen an die Frage, ob eine Auskunftspflicht besteht, herangehen muß. Wichtig ist, daß die räumlichen Verhältnisse für die Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses, wie es § 2028 erfordert, nicht allein ausschlaggebend sind. Wenn beispielsweise dem Erblasser bei Lebzeiten ein Zwangsmieter eingewiesen war, so bestehen zwischen beiden zwar sicherlich enge räumliche Beziehungen, die persönlichen aber werden in diesem Fall in der Regel wohl ganz fehlen, so daß von einer häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 2028 nicht ohne weiteres die Rede sein kann. Anders wäre der Fall dagegen zu beurteilen, wenn eine gemeinsame Küchenbenutzung oder eine gemein-

[1]) Vergl. Allgem. Gerichtsordnung von 1793, I, 2, § 29, Nr. 7 und code de procédure, art. 914, 943.

[2]) Vergl. Endemann, Lehrbuch, § 152, Anm. 17.

same Einnahme der Mahlzeiten stattgefunden haben sollte. Bei Verwandten des Erblassers werden mit Rücksicht auf die durch die Verwandtschaft vorhandenen engen persönlichen Beziehungen an die räumlichen Beziehungen nicht gar so hohe Anforderungen zu stellen sein. Wenn daher ein Verwandter, der nicht ständig mit dem Erblasser zusammengewohnt hat, besuchsweise aus Anlaß der letzten Erkrankung des Erblassers nur wenige Tage vor und nach dessen Tod sich in der Sterbewohnung aufgehalten hat, so wird das Vorhandensein einer „häuslichen Gemeinschaft" im Sinne des § 2028 sicherlich zu bejahen sein. Zu eng ist daher die Auslegung, die Staudinger[3]) dem § 2028 gibt. Er meint, das Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinem Hausgenossen müsse ein dauerndes insofern gewesen sein, als zufällige oder vorübergehende Anwesenheit im Sterbehause zur Zeit des Todes des Erblassers noch keine Gemeinschaft der Behausung darstelle.

Daß die häusliche Gemeinschaft nicht dadurch aufgehoben wird, daß der Erblasser vorübergehend in einer Anstalt untergebracht worden ist, leuchtet ohne weiteres ein. Auch bietet das Gesetz keinen Anhalt für die Annahme, daß das Auskunftsverlangen des Erben nur dann gerechtfertigt ist, wenn er das Abhandenkommen bestimmter Nachlaßgegenstände behauptet und nachweist. Der Hausgenosse ist zur Auskunftserteilung auch dann verpflichtet, wenn er überzeugend dartut, daß er selbst sich um den Nachlaß gar nicht gekümmert hat. Denn das schließt ja nicht aus, daß er um das Treiben anderer Bescheid weiß und hierüber dem Erben willkommene Auskunft geben kann. Daß die amtlich zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Personen, der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Nachlaßkonkursverwalter und der Testamentsvollstrecker, selbst wenn sie Hausgenossen des Erblassers im Sinne des § 2028 waren, dem Auskunftsanspruch nicht unterliegen, jedenfalls, solange sie ihres Amtes zu Recht walten, kann aus denselben Gründen nicht in Zweifel gezogen werden, aus denen heraus auch ein auf § 2027, Abs. II gestützter Auskunftsanspruch gegen diese Personen abgelehnt wurde. Auch hinsichtlich des Erben des Hausgenossen gilt dasselbe wie im Fall des § 2027, Abs. II. Die Tatsache, daß er Erbe ist, unterwirft ihn noch nicht der Auskunftspflicht des § 2028. Eine solche besteht auch für ihn nur dann, wenn er ebenso wie sein Erblasser Hausgenosse im Sinne des § 2028 gewesen ist[4]).

---

[3]) § 2028, Bem. 2.

[4]) Ueber die Frage, ob auch Miterben unter § 2028 fallen können, siehe unten § 13.

Im übrigen vergl. zu § 2028 außer R.G.Z. 80, 285 auch O.L.G. 42, 133; „Recht 07, 574; 09, Nr. 3792; 22, 613; L.Z. 1922, 196; Warn. Rechtspr. 1922, Nr. 75.

Nach R.G. in „Recht" 1921, Nr. 2193 besteht die Auskunftspflicht auch dann, wenn dem Hausgenossen Nießbrauch und Verwaltung an dem Nachlaß vermacht ist. Ganz mit Recht.

§ 9.

Inhaber eines unrichtigen Erbscheins.

Es kann der Fall eintreten, daß das Nachlaßgericht jemandem, der in Wirklichkeit gar nicht Erbe ist, die Erbenqualität durch Ausstellung eines Erbscheins gemäß §§ 2353 ff. bescheinigt, sei es, daß der Antragsteller dem Nachlaßgericht bewußt falsche Angaben macht, sei es, daß der Antragsteller selbst die Unrichtigkeit seiner Angaben nicht kennt. Denkbar ist auch, daß der Antragsteller zunächst mit Recht für den wahren Erben gehalten werden durfte, daß später aber ein Testament auftaucht, durch das ein ganz anderer zum Erben berufen wird. Auf jeden Fall ist der erteilte Erbschein unrichtig geworden und das Nachlaßgericht hat ihn von Amts wegen einzuziehen[1]) oder es kann der wahre Erbe von dem Besitzer die Herausgabe des unrichtigen Scheines an das Nachlaßgericht verlangen[2]). Bis zu dem Zeitpunkt, in dem der unrichtige Erbschein seine Kraft endgültig verloren hat, kann eine geräumige Zeit verstreichen. Dem Erben kann hierdurch erheblicher Schaden erwachsen. Denn nach § 2366 gilt allen Gutgläubigen gegenüber der in dem unrichtigen Erbschein als Erbe Bezeichnete als der wirkliche Erbe und die von ihm mit dem Gutgläubigen getätigten Rechtsgeschäfte sind dem wahren Erben gegenüber wirksam. Der Schade, der dem wahren Erben hierdurch möglicherweise entsteht, ist in der Regel mit der Geltendmachung eines Bereicherungsanspruches nach Maßgabe des § 816 nicht wieder gutzumachen. Von dieser Seite droht dem Erben mithin erhebliche Gefahr. Es ist daher für ihn von größter Wichtigkeit, zu erfahren, ob und in welcher Weise der Erbscheinsinhaber die für ihn günstige Position ausgenutzt hat.

Das B.G.B. gewährt daher dem Erben im § 2362, Abs. II gegen denjenigen, dem ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, einen Auskunftsanspruch gleichen Inhalts wie gegen den Erbschaftsbesitzer. Häufig wird ja der Inhaber eines unrichtigen Erbscheins zugleich auch Erbschaftsbesitzer sein und dann auch nach Maßgabe des § 2027, Abs. I Auskunft zu erteilen haben. Notwendig ist dieses Zusammentreffen jedoch nicht. Denn die Entstehung der in § 2362, Abs. II vorgeschriebenen Auskunftspflicht setzt nicht voraus, daß der Pflichtige irgend etwas aus dem Nachlaß an sich gebracht hat. Die Auskunftspflicht wird allein durch die Tatsache, daß ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, begründet. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Passivlegitimation ferner auch nicht davon abhängig, daß der Auskunftspflichtige den unrichtigen Erbschein noch in Händen hat. Bedarf es doch auch zu einer auf Grund des § 2366 wirksamen Verfügung keineswegs der Vorlage des unrichtigen Erbscheins

[1]) § 2361 B.G.B..
[2]) § 2362, Abs. I.

bei Vornahme des Rechtsgeschäfts. Es genügt vielmehr, daß der Geschäftsgegner weiß, — um einen der am häufigsten vorkommenden Fälle der Erbscheinsunrichtigkeit herauszugreifen — das sein Vertragspartner in einem vom Nachlaßgericht ausgestellten Erbschein als Erbe aufgeführt ist und daher als Berechtigter erscheint. Ein Rechtserwerb findet nur dann nicht statt, wenn der Geschäftsgegner des Erbscheininhabers die Unrichtigkeit des Erbscheins kennt oder weiß, daß der Schein zwecks Kraftloserklärung aufgeboten ist.

Bezeichnet der Erbschein mehrere Personen zu Unrecht als Miterben, so ist jeder von ihnen zur Erteilung der Auskunft verpflichtet, denn von jedem droht dann dem Erben die oben geschilderte Gefahr. Hat nur einer der mehreren falschen Erben beim Nachlaßgericht die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins erwirkt, so ist gleichwohl jeder einzelne von ihnen auskunftspflichtig[3]). Fr. Leonhard[4]) dagegen meint, es sei nötig, daß der Auskunftspflichtige selbst den Schein beantragt hätte und daß er auf seinen Namen laute; denn nur wenn dies beides zusammenträfe, könne man sagen, daß ihm „der Schein erteilt sei". Sprachlich liegt ein Zwang zu einer solchen Auslegung des Gesetzestextes nicht vor und sachlich würde dadurch die Position des Erben unnötig verschlechtert werden[5]).

Unrichtig ist ein Erbschein nicht nur, wenn der Erbe oder, falls mehrere Erben vorhanden sind, die Erbteile nicht richtig angegeben sind, sondern auch dann, wenn eine bestehende Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung im Erbschein nicht vermerkt ist. Planck[6]) meint, es sei zweifelhaft, ob alle diese Fälle bei § 2362 in Betracht kämen. Für das Gegenteil scheine zu sprechen, daß in § 2362 der „wirkliche Erbe" dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins oder demjenigen, dem ein solcher erteilt sei, gegenüber gestellt werde. Für den uns hier interessierenden Absatz II des § 2362 will Planck jedenfalls die engere Auslegung gelten lassen. Demnach würde ein Auskunftsanspruch nur dann gegeben sein, wenn entweder der Erbe oder die Erbteile falsch bezeichnet sind.

M. E. ist eine solche nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes, sondern auch dem Zweck der Vorschrift widersprechende einschränkende Auslegung für den Abs. II ebensowenig gerechtfertigt wie für den Abs. I. Hätte der Gesetzgeber im Falle des Abs. II nur bestimmte Fälle der Unrichtigkeit im Auge gehabt, dann hätte er das zweifellos auch zum Ausdruck gebracht. Aus der Gegenüberstellung des wirklichen Erben und dessen, dem ein un-

---

[3]) So auch Planck, a. a. O., § 2362, Bem. 3.

[4]) a. a. O. § 2362, IV, A.

[5]) Nach Maercker a. a. O., § 191, IV, hat sowohl die Antragsteller wie der als Erbe fälschlich Bezeichnete Auskunft zu erteilen.

[6]) § 2362, Bem. 4.

richtiger Erbschein erteilt ist, folgt nicht zwingend, daß letzterer nicht auch zugleich berechtigter Miterbe sein kann.

Gesetzt den Fall, es ist vom Erblasser nur für einen der mehreren Miterben ein Nacherbe eingesetzt worden. In der Erbscheinsausfertigung, die diesem Miterben erteilt worden ist, ist jedoch entgegen der Bestimmung des § 2363, Abs. I das Bestehen der Nacherbschaft nicht vermerkt worden. Denkbar ist auch der Fall, daß für den Erbteil eines Miterben angeordnete Testamentsvollstreckung entgegen der Vorschrift des § 2364, Abs. I in dem Erbschein nicht angegeben ist. Zweifellos ist in beiden Fällen dem Miterben ein unrichtiger Erbschein erteilt worden. Die anderen Miterben und im ersten Fall auch der Nacherbe[7]), sowie im zweiten Fall auch der Testamentsvollstrecker[8]) können von dem Miterben die Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangen. Ist es aber richtig, eine Auskunftspflicht des Miterben nach Maßgabe des § 2362, Abs. II in diesen Fällen schlechthin zu verneinen? Daß eine solche im Falle der nicht vermerkten Testamentsvollstrekkung praktisch kaum in Frage kommen dürfte, mag zugegeben werden. Im anderen Fall dagegen kann das Bestehen eines Auskunftsanspruches unter Umständen recht zweckmäßig sein. Die zu erteilende Auskunft hätte sich auf den Bestand und den Verbleib dessen zu erstrecken, was dem Vor-Miterben bei der Auseinandersetzung zugefallen ist, also auf sämtliche die Nacherbmasse bildenden Gegenstände. Hierzu können aber auch Gegenstände gehören, über die ein nicht befreiter Vorerbe nicht frei verfügen kann. Ist aber im Erbschein des betreffenden Miterben die Nacherbschaft nicht vermerkt, so werden die gutgläubigen Erwerber solcher Gegenstände nach §§ 2365, 2366 geschützt, d. h. die von dem Vormiterben getroffene Verfügung ist dem Nacherben gegenüber wirksam. Nehmen nun die übrigen Miterben Interesse an dem Recht des Nacherben, oder ist der Nacherbe selbst nicht in der Lage, seine Rechte wahrzunehmen, so gewährt ihnen § 2362, Abs. II die Möglichkeit, von dem Miterben Auskunft darüber zu verlangen, ob er mit dem unrichtigen Erbschein Mißbrauch zum Nachteil des Nacherben getrieben hat. Daß das Gesetz dem Nacherben selbst in diesem Fall nicht auch das Auskunftsrecht aus § 2362, Abs. II gewährt, ist selbstverständlich, da ihm bereits im § 2127 das für diesen Fall notwendige Auskunftsrecht eingeräumt wird. Es mag zugegeben werden, daß ein Fall, wie er hier theoretisch gebildet wurde, selten praktisch eintreten wird und daß auch der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 2362 wohl in erster Linie nur an die von Planck allein für maßgebend erachteten Fälle der Unrichtigkeit des Erbscheins gedacht hat, jedenfalls ist aber nach dem Wortlaut des Gesetzes das Be-

[7]) § 2363, Abs. II.
[8]) § 2364, Abs. II.

stehen eines Auskunftsanspruches in dem gebildeten Beispiel nicht auszuschließen.

Eine andere Frage ist, ob auch der Testamentsvollstrecker das Auskunftsrecht aus § 2362, Abs. II an Stelle des Erben geltend machen kann. Mit Rücksicht darauf, daß ihm im § 2364, Abs. II ausdrücklich nur die Befugnis zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs eingeräumt ist, könnte man versucht sein anzunehmen, daß hier der Gesetzgeber durch sein Schweigen die Ablehnung hat zum Ausdruck bringen wollen. Diese Schlußfolgerung ist indessen nicht richtig.

Der hier behandelte Auskunftsanspruch ist ebenso wie die oben erwähnten ein Individualrecht des Erben, das ihm bei der Verwaltung des ererbten Nachlasses eine bessere Wahrnehmung seiner Rechte ermöglichen soll. Zur Geltendmachung dieser Rechte sind aber die an Stelle des Erben zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Personen, wie bereits oben erwähnt wurde, kraft ihres Amtes befugt, also auch der Testamentsvollstrecker, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist. Es ist kein vernünftiger Grund einzusehen, weshalb gerade das Auskunftsrecht des § 2362, Abs. II dem Testamentsvollstrecker versagt sein sollte. Dies kann unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Freilich ist er zur Geltendmachung des Auskunftsanspruches nur dann befugt, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist. Ist dies nicht der Fall, dann kann er Individualrechte des Erben gegen dessen Willen überhaupt nicht ausüben, es sei denn, daß ihn der Gesetzgeber hierzu ausdrücklich ermächtigte. Dies ist im § 2364, Abs. II hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht geschehen. Eine andere Bedeutung hat diese Vorschrift nicht.

Gegen den Testamentsvollstrecker richtet sich der Auskunftsanspruch gemäß § 2368, III bei entsprechender Anwendung des § 2362, II dann, wenn diesem ein unrichtiges Zeugnis erteilt worden ist. Diese Unrichtigkeit kann, wie sich aus § 2368, Abs. I ergibt, beispielsweise darin bestehen, daß eine vom Erblasser angeordnete Beschränkung der Verwaltungsbefugnis in dem Zeugnis nicht vermerkt ist.

Nach Dernburg[9]) soll in entsprechender Anwendung des § 2362, Abs. II dem Auskunftsanspruch auch der unterworfen sein, der sich den Erbschein verschafft und sich als den in ihm bezeichneten Erben fälschlicherweise ausgegeben hat. Für eine Erweiterung der Anwendbarkeit des § 2362, Abs. II in dieser Richtung bestünde ein Bedürfnis nur dann, wenn ein solcher Erbscheinsinhaber gemäß § 2366 über Erbschaftsgegenstände mit Wirkung gegenüber dem wahren

[9]) a. a. O. § 161, Anm. 6.

Erben verfügen könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn in § 2366 wird der gute Glaube nur insoweit geschützt, als er sich auf den Inhalt des unrichtigen Erbscheins erstreckt, nicht aber auch, soweit er sich auf die Identität des Veräußerers mit dem in dem Erbschein zu Unrecht als Erben bezeichneten bezieht. Eine Prüfungspflicht in dieser Hinsicht wird dem Erwerber nicht erspart.

§ 10.
Der Vorerbe als Auskunftsverpflichteter.

Von dem Auskunftsanspruch des Nacherben gegen den Vorerben war bereits die Rede. Hierbei handelte es sich jedoch nur um einen solchen, den der Nacherbe unter Umständen nach Beendigung der Vorerbschaft geltend machen kann. Während des Bestehens der Vorerbschaft ist dem Nacherben ein Auskunftsanspruch gegen den Vorerben grundsätzlich versagt. Dieser Grundsatz erleidet durch den § 2127 eine Ausnahme. Dieser gibt dem Nacherben einen Auskunftsanspruch gegen den Vorerben auch vor dem Eintritt des Nacherbfalls. Leonhard[1]) meint, die ganze Vorschrift des § 2127 sei nur von geringer Bedeutung, denn es könne schon ohne weiteres der Nacherbe von dem Vorerben die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses gemäß § 2121 verlangen. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Jede der beiden Vorschriften dient besonderen Zwecken und man kann nicht sagen, daß eine die andere an Bedeutung übertreffe.

Richtig ist, daß die Verpflichtung zur Mitteilung eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nichts anderes bedeute als über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu erteilen, wie es § 2127 vorschreibt. Denn auch der zur Auskunftserteilung Verpflichtete hat gemäß § 260 ein Verzeichnis der zum Nachlaß gehörenden Gegenstände anzufertigen. Man könnte daher annehmen, daß, wer der Verpflichtung aus § 2121 nachgekommen ist, die Erfüllung derjenigen aus § 2127 verweigern könnte, mit der Behauptung, daß er zur nochmaligen Erteilung derselben Auskunft nicht verpflichtet sei. Dieser Einwand würde jedoch nicht durchgreifen. Denn die nach § 2121 einerseits und nach § 2127 andererseits zu erteilenden Auskünfte sind inhaltlich nicht dieselben, auch wenn sie sich beide auf den Bestand der Erbschaft erstrecken. Der Unterschied besteht darin, daß im Falle des § 2121 Auskunft über den Bestand zur Zeit des Erbfalles und im Fall des § 2127 Auskunft über den Bestand im Zeitpunkt der Auskunftserteilung zu erteilen ist[2]). In dem ersten Verzeichnis hat der Vorerbe mithin alles anzugeben, was er überhaupt an Nachlaßbestandteilen erhalten hat. Das nach § 2127 mitzuteilende

[1]) a. a. O. § 2127, Bem. II.
[2]) Vergl. hierzu O.L.G. 32, 57 und 21, 325.

Verzeichnis muß den derzeitigen Bestand ausweisen. Durch einen Vergleich beider Auskünfte kann der Nacherbe dann leicht feststellen, inwieweit der Vorerbe seine Befugnisse zu seinem, des Nacherben, Nachteil überschritten hat. Hatte der Nacherbe sich noch kein Nachlaßverzeichnis gemäß § 2121 anfertigen lassen, so wird er zweckmäßig, um die Veränderungen im Nachlaßbestande seit dem Erbfall feststellen zu können, zunächst die Mitteilung dieses Verzeichnisses und sodann nach § 2127 Auskunft über den derzeitigen Bestand verlangen. Denn anders als im Fall des § 2027 schreibt § 2127 nicht auch eine Auskunftspflicht über den Verbleib der Nachlaßgegenstände vor. Diese Hinweise mögen genügen, um die selbständige und keineswegs geringe Bedeutung des § 2127 gegenüber dem § 2121 erkennen zu lassen.

Ein Auskunftsanspruch gemäß § 2127 ist nur dann gegeben, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe die Rechte des Nacherben erheblich verletzt, und zwar durch seine Verwaltung der Erbmasse. In der bloßen Feststellung des Bestandes der Erbschaft durch den Vorerben wird man einen Verwaltungsakt im Sinne dieser Vorschrift noch nicht erblicken können[3]). Liegt anstelle des Vorerben die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker ob, so kann der Nacherbe, wie Planck[4]) zutreffend annimmt, auch von diesem bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen Auskunft verlangen[5]). Dasselbe gilt auch bezüglich anderer an Stelle des Vorerben zur Verwaltung des Nachlasses berufener Personen.

Bemerkenswert ist, daß gemäß § 2136 das Auskunftsrecht des § 2127 dem Nacherben durch letztwillige Anordnung des Erblassers dadurch genommen werden kann, daß dieser den Vorerben von der Auskunftspflicht befreit. Dies ist hinsichtlich der zuvor behandelten Auskunftsrechte ausgeschlossen. Eine Anordnung, durch die der Erblasser dem Erbschaftsbesitzer oder seinen Hausgenossen die Auskunftspflicht gegenüber dem Erben erläßt, wäre rechtlich bedeutungslos. Im Gegensatz zum gewöhnlichen Auskunftsrecht ist nach Endemann[6]) das erbrechtliche unentziehbar, weil es ein „eigenes, dem Erben zur Erhaltung der öffentlichen Rechtssicherheit verliehenes ist .

[3]) So mit Recht „Recht", 1903, 458.
[4]) a. a. O. § 2127, Bem. 2.
[5]) Vergl. auch „Recht" 1913, 221.
[6]) a. a. O., § 151, Anm. 6.

IV. Abschnitt:

Auskunftsansprüche unter Miterben.

§ 11.

Sind Miterben einander allgemein zur Auskunftserteilung über Nachlaßverhältnisse verpflichtet?

Im Vorangegangenen ist bei der Erörterung der Auskunftsansprüche des Erben, soweit sie sich auf die §§ 2027, 2028 stützen, bisher eine Prüfung der Frage unterlassen worden, ob die auf Grund dieser Vorschriften bestehenden Auskunftspflichten auch in der Person eines Miterben begründet werden können. Eine gesetzliche Regelung findet sich nicht. Es ist mithin zu untersuchen, ob Sinn und Zweck der genannten Vorschriften unter Berücksichtigung des besonderen unter den Miterben bestehenden Rechtverhältnisses die Anwendung auch auf den Miterben zulassen. Hierbei sei auch gleich Einiges über das Auskunftsrecht unter Miterben allgemein bemerkt, wozu es eines kürzeren Eingehens auf die wesentlichsten, das Miterbenverhältnis regelnden gesetzlichen Bestimmungen bedarf[1]).

Nach heutigem Recht bilden mehrere Erben eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Dies ist eine Rechtsinstitution, die wir in gleicher Weise auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der ehelichen Gütergemeinschaft im B.G.B. antreffen. Das B.G.B. ist mit dieser Regelung, deutschrechtlichen Gedanken folgend, von der Ausgestaltung des gemeinrechtlichen und auch des römisch-rechtlichen Miterbenverhältnisses abgewichen. Das Prinzip dieser Gesamthandsgemeinschaft besteht, kurz gesagt, darin, daß sämtliche den Nachlaß bildenden Rechte den mehreren Erben gemeinsam derart zustehen, daß grundsätzlich keiner ohne Mitwirkung der anderen über einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand irgendeine Verfügung treffen kann. Berechtigt ist stets nur die Gesamtheit der Erben. Daher steht grundsätzlich auch die Verwaltung des ungeteilten Nach-

[1]) Ueber die rechtliche Natur des Miterbenverhältnisses vergl. im übrigen: Endemann, Lehrbuch, §§ 133 ff.; Strohal, a. a. O., §§ 64 f.; Binder a. a. O. S. 1; Kretzschmar, a. a. O. § 84; Crome, a. a. O. § 738; Kipp, a. a. O. § 82; Cosack, a. a. O. § 274; Gierke, Deutsches Privatrecht, 2, § 122; Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem B.G.B., 1903; Kretzschmar, Sächs.A. 1908, 545 ff., Ostermann und Stettner, Miterbenverhältnis, Diss. Greifsw., 1903; Wichmann, Rechtsverhältnis unter Miterben, Diss. Rost. 1903; Nölle, Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, Diss. Heid. 1910.

Für das gemeine Recht: Windscheid-Kipp, a. a. O. III, § 608; Koeppen, a. a. O. §§ 36 ff.

lasses den Erben gemeinschaftlich zu, es sei denn, daß es sich um Maßnahmen handelt, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendig sind. Diese kann ein Miterbe auch ohne Mitwirkung der übrigen treffen[2]).

Der Erbfall bringt häufig viele sich völlig fremd gegenüberstehende Personen in einer solchen Erbengemeinschaft zusammen und zwingt sie bei der Verwaltung des Nachlasses zu einheitlicher Beschlußfassung und gemeinschaftlichem Handeln. Da wird es nicht selten vorkommen, daß einige Miterben, die vielleicht stets in der Nähe des Erblassers gelebt haben, über die gesamten Nachlaßverhältnisse besser unterrichtet sind als die übrigen, die möglicherweise den Erblasser selbst gar nicht gekannt haben. Dies kann leicht dazu führen, daß die ersteren die Unkenntnis der übrigen zu ihren Gunsten, etwa durch Verschweigen wichtiger Aktivposten des Nachlaßvermögens, bei der Auseinandersetzung ausnutzen. Eine solche Gefahr ist nicht zu verkennen, besonders dann, wenn kein Testamentsvollstrecker bestellt ist.

Man wollte der Gefahr dadurch begegnen, daß man aus der Natur der Miterbengemeinschaft, insbesondere aus den Vorschriften der §§ 2038 und 2047 eine allgemeine, gegenseitige Auskunftspflicht der Miterben über den Bestand des Nachlasses herleitete. „Diese Auskunftspflicht", so führt das O.L.G. Braunschweig in einer Entscheidung[3]) aus, „sei sowohl aus der in § 2038 den Miterben einander auferlegten Pflicht der Mitwirkung zu Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung wie auch daraus zu folgern, daß die Miterben untereinander gemäß § 2047 verpflichtet seien, den nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Ueberschuß herauszugeben, mithin einen Inbegriff von Gegenständen, über dessen Bestand der zur Herausgabe Verpflichtete gemäß § 260 eidlich Auskunft zu erteilen habe."

Diese Ansicht findet weder in den in der vorgenannten Entscheidung angezogenen Gesetzesvorschriften noch sonst im geltenden Recht eine Stütze. Sie wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller sowie vom Reichsgericht abgelehnt[4]). Im einzelnen ist dazu folgendes zu bemerken: Soweit das Bestehen einer allgemeinen Auskunftspflicht unter Miterben aus § 2038 hergeleitet wird, ist der

---

[2]) § 2038 B.G.B.

[3]) „Recht" 1914, 2096.

[4]) Vergl. bes. R.G.Z. 81, 31. Auch der R.G.Komm., der sich noch in der 2. Auflage zu der obigen Ansicht bekannt hatte, teilt in den neueren Auflagen den hier vertretenen Standpunkt. Es heißt dort: Ohne eine durch das Gesetz gebotene Handhabe wird es nicht angängig sein, den Miterben allgemein eine solche Verpflichtung (zur Auskunftserteilung) aufzuerlegen, die mit ihren (namentlich aus § 260) sich ergebenden Folgen für diejenigen, die dem Nachlaß ganz fern gestanden haben, recht drückend sein kann.

Gedankengang folgender: zu den im Sinne dieser Vorschrift erforderlichen Maßregeln gehört auch die Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses. Die Mitwirkung eines jeden Miterben besteht darin, daß er nach bestem Wissen anzugeben hat, was ihm über den Bestand des Nachlasses bekannt ist. Diese Argumentation ist insofern nicht richtig, als eine Mitwirkungs p f l i c h t des einzelnen Miterben nur hinsichtlich solcher Maßregeln besteht, die notwendig von allen Miterben gemeinschaftlich vorzunehmen sind. Hiervon kann aber bei der Errichtung des Nachlaßinventars keine Rede sein. Diese kann auch, wie sich aus § 2063 ergibt, von einem Miterben allein errichtet werden. Beschließt die Mehrzahl der Miterben, die Errichtung des Inventars gemeinschaftlich vorzunehmen, so ist die Mitwirkung des einzelnen stets eine freiwillige. Versagt ein Miterbe seine Mitwirkung, so haben die übrigen keine Möglichkeit, seine Mitwirkung zu erzwingen. Der R.G.-Kommentar a. a. O. nimmt zwar eine Mitwirkungspflicht des einzelnen Miterben an, ist aber auch der Ansicht, daß darin keine Auskunftspflicht im eigentlichen Sinne mit den aus § 260 sich ergebenden Folgen (selbständige Vorlage eines Verzeichnisses und Offenbarungseid) liegt.

Ebensowenig kann aus § 2047 in Verbindung mit § 260 das Bestehen einer allgemeinen Auskunftspflicht gefolgert werden. § 2047 betrifft die Auseinandersetzung der Miterben. Hat ein Miterbe nach der Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten mehr in Händen, als ihm mit Rücksicht auf seine Erbquote gebührt, so hat er den Ueberschuß an die übrigen Miterben zum Zweck der Verteilung herauszugeben. Daß sich dieser Ueberschuß bisweilen als Inbegriff von Gegenständen im Sinne des § 260 darstellen kann, ist nicht ausgeschlossen. In diesem Falle hätte der betreffende Miterbe den übrigen ein Verzeichnis aller von ihm herauszugebenden Gegenstände vorzulegen. Aus dieser Tatsache den Schluß zu ziehen, daß er Auskunft über den gesamten Nachlaßbestand zu erteilen habe, muß als willkürlich bezeichnet werden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie hieraus eine gleiche Verpflichtung dessen hergeleitet werden soll, der bei der Auseinandersetzung gar keinen Ueberschuß an Nachlaßgegenständen herauszugeben hat.

Eine allgemeine Auskunftspflicht der Miterben untereinander läßt sich demnach weder aus § 2038 noch aus § 2047 noch aus irgend einer anderen das Miterbenverhältnis regelnden Vorschrift im Wege sinngemäßer Auslegung herleiten. „Das B.G.B. hat", wie das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 81. Bande ausführt, „davon abgesehen, über eine den Miterben kraft der Miterbengemeinschaft obliegende allgemeine Auskunftspflicht Bestimmungen zu treffen, obschon es, wenn eine solche Auskunftspflicht Geltung haben sollte, bei der Verschiedenartigkeit des im preußischen und gemeinen Recht bestehenden Rechtszustandes hierzu alle Veranlassung gehabt haben

würde. Das Stillschweigen der Motive zum I. Entwurf und der Protokolle zur weiten Lesung läßt nur die Auffassung zu, daß den Miterben eine allgemeine Verpflichtung zur Offenbarung des Nachlaßbestandes nicht hat auferlegt werden sollen."

Die Richtigkeit der Gegenmeinung läßt sich auch nicht unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben begründen. Daß diese Grundsätze auf das Verhältnis der Miterben zueinander Anwendung finden, steht außer allem Zweifel. Wollte man aber allein mit Rücksicht hierauf schon das Bestehen einer allgemeinen Auskunftspflicht anerkennen, so würde ihr folgerichtig jeder Schuldner unterliegen müssen. Dieses Ergebnis wäre, ganz abgesehen davon, daß es mit der oben gekennzeichneten grundsätzlichen Regelung des Auskunftsrechts im B.G.B. im Widerspruch stehen würde, praktisch nicht haltbar. Daß aber die Miterben in gesteigertem Maße untereinander zur Beobachtung der Grundsätze von Treu und Glauben verpflichtet wären, ist nicht einzusehen[5]).

Volle Billigung verdienen auch die vom Reichsgericht a. a. O. gegen die Zulassung einer allgemeinen Auskunftspflicht angeführten praktischen Gründe. „Würde nämlich', so führt das Reichsgericht aus, „jeder Miterbe gegen jeden Miterben einen Anspruch auf Auskunftserteilung haben, so würde das leicht nicht sowohl zu einer Förderung, als vielmehr zu einer Erschwerung und Hemmung der Verwaltung des Nachlasses führen können."

§ 12.

Die Auskunftspflicht des Miterben gemäß § 2057 B.G.B.

Eine lediglich das Miterbenverhältnis betreffende Auskunftsvorschrift enthält der § 2057. Aus der Tatsache, daß hier der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt hat, unter welchen Bedingungen ein Miterbe den übrigen Auskunft zu erteilen hat, geht gleichfalls klar hervor daß er eine allgemeine Auskunftspflicht der Miterben untereinander nicht hat anerkennen wollen, da sonst die Vorschrift des § 2057 überflüssig gewesen wäre.

Der Zweck des § 2057 besteht darin, die Erfüllung der den Miterben teils gesetzlich, teils auf Grund besonderer Anordnung des Erblassers obliegenden Ausgleichspflicht zu sichern. Eine sog. Kollationspflicht bestand für Miterben auch schon im römischen wie im gemeinen Recht. Den vorhandenen Vorbildern folgend, hat auch das B.G.B. die Ausgleichspflicht vorgeschrieben, ist jedoch hinsichtlich der Voraussetzung und auch hinsichtlich des Umfanges eigene Wege gegangen. Die in Frage kommenden Vorschriften finden sich in den §§ 2050 ff. Neu ist insbesondere die in § 2057 jedem ausgleichs-

[5]) Vergl. auch Maerker, a. a. O. § 165, H.

pflichtigen Miterben auferlegte Pflicht zur Auskunftserteilung über empfangene Zuwendungen. Die Ausgleichspflicht, die nach geltendem Recht nur gemeinschaftlich erbenden Abkömmlingen obliegt, beruht auf dem Gedanken, daß Personen, die zu gleichen Teilen zur Erbschaft berufen sind, grundsätzlich auch gleichviel aus der Nachlaßmasse erhalten sollen. Hat beispielsweise der Erblasser einer Tochter bei Lebzeiten eine Aussteuer gegeben, und würde dann ohne Rücksicht hierauf der bei seinem Tode vorhandene Nachlaß unter die kraft Gesetzes zur Erbfolge berufenen Kinder verteilt werden, so würde die Tochter tatsächlich mehr als die übrigen Kinder erhalten haben. Bei der gesetzlichen Erbfolge erben Abkömmlinge stets zu gleichen Teilen. Hier greift daher die Ausgleichspflicht in erster Linie Platz. Sie besteht aber in Zweifel auch dann, wenn der Erblasser seine Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt hat, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder wenn er ihre Erbteile so bestimmt hat, daß sie zueinander in demselben Verhältnis stehen, wie die gesetzlichen Erbteile[1]). Geht aus den sonstigen Bestimmungen des Testaments hervor, daß der Erblasser die Abkömmlinge nicht gleich berücksichtigen wollte, so entfällt naturgemäß die Ausgleichspflicht.

Nicht jeder Vorausempfang ist ausgleichspflichtig. Er ist es zunächst nur dann, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichspflicht ausdrücklich angeordnet hat. Jedoch ist die einem Abkömmling gewährte Ausstattung auch ohne besondere Anordnung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen. Eine Ausgleichung findet nicht statt, wenn der Erblasser bei der Zuwendung etwas Anderes angeordnet hat. Zuschüsse, die zu dem Zweck gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf sind insoweit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben[2]). Zuwendungen dieser Art stellen nach dem vermuteten Willen des Erblassers gewissermaßen Vorausleistungen auf die später zu erwartende Erbschaft dar, die sich die betreffenden Erben deshalb auf ihren Erbteil anrechnen lassen müssen. Für eine solche Vermutung ist dann kein Raum, wenn der Erblasser einem Abkömmling eine Zuwendung macht, der z. Zt. des Empfanges der Zuwendung als Intestaterbe gar nicht in Frage kommen würde, weil etwa sein in diesem Zeitpunkt noch lebender Vater ihn von der Erbfolge ausschließt. Die einem solchen Abkömmling gemachten Zuwendungen sind daher nur auf Grund besonderer Anordnung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen[3]).

[1]) § 2052 B.G.B.
[2]) § 2050 B.G.B.
[3]) § 2053 B.G.B.

Das Auskunftsverlangen des einzelnen Miterben auf Grund des § 2057 unterliegt irgendwelchen besonderen Voraussetzungen nicht. Sind mehrere Abkömmlinge kraft Gesetzes oder auch nach Maßgabe des § 2052 zur Erfolge berufen, so ist jeder von ihnen, falls die anderen es verlangen, verpflichtet, Auskunft zu erteilen. Dieses Auskunftverlangen bedarf keiner besonderen Motivierung, insbesondere brauchen die Auskunftverlangenden nicht darzutun, daß der Erbe, den sie zur Auskunftserteilung anhalten, Zuwendungen irgendwelcher Art erhalten hat. Ohne besondere Aufforderung eines der übrigen Erben braucht kein Miterbe von ausgleichspflichtigen Zuwendungen Mitteilung zu machen.

Daraus, daß der Gesetzgeber nicht schlechthin alle Zuwendungen für ausgleichspflichtig erklärt, sondern im einzelnen genau bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Ausgleichspflicht besteht, ergeben sich für die praktische Anwendung des § 2057 nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Der § 2057 kann seinem Wortlaut nach dahin verstanden werden, daß der zur Auskunftserteilung angehaltene Miterbe nur diejenigen Zuwendungen anzugeben braucht, die nach den gesetzlichen Bestimmungen zur Ausgleichung zu bringen sind. Soweit es sich um Zuwendungen handelt, bei denen der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat, liegt die Sache einfach. Wie aber, wenn eine solche Anordnung nicht vorhanden ist? Hier müßte der betreffende Miterbe, bevor er die Auskunft erteilt, erst genau prüfen, welche der im Lauf der Zeit erhaltenen Zuwendungen ausgleichspflichtig und somit bei Erteilung der Auskunft von ihm anzugeben sind. Ist er rechtsunkundig, so wird er zu einer solchen Prüfung nur selten in der Lage sein. Andere wieder würden sich hinter angeblicher Unkenntnis verschanzen und die wichtigsten Ausgleichsposten verschweigen. Dem Interesse der übrigen Erben würde mit einer solchen Erfüllung der Auskunftspflicht wenig gedient sein, ganz abgesehen davon, daß hierdurch eine ergiebige Quelle für falsche Offenbarungseide geschaffen würde. Dazu kann der Gesetzgeber unmöglich seine Hand bieten. Das Reichsgericht beschäftigt sich in einer Entscheidung im 58. Bande, Seite 88[4]) eingehend mit dieser Frage und führt dazu folgendes aus: „Die Ansicht, daß § 2057 lediglich die Verpflichtung zur Angabe derjenigen Zuwendungen enthalte, die im einzelnen Fall bei richtiger Auslegung der §§ 2050—2053 zur Ausgleichung zu bringen seien, ist nicht haltbar. Wäre dies wirklich der Sinn des § 2057, so würde seine Vorschrift jeder praktischen Brauchbarkeit entbehren. Denn es müßte alsdann entweder bei jeder Verurteilung zur Erteilung einer solchen Auskunft dem dadurch Betroffenen gesagt werden, was für Zuwendungen er zu offenbaren habe und das ist tatsächlich unmöglich. Oder es müßte dem Verpflichteten selbst überlassen werden, welche der etwa erhaltenen

[4]) Auch J.W. 1904 S. 385.

Zuwendungen unter die §§ 2050—53 fallen, und dies würde, da die Auslegung dieser Bestimmungen in der Tat erhebliche Schwierigkeiten bereitet, eine Versuchung, mit der Wahrheit zurückzuhalten, oder einen unbilligen Gewissenszwang bedeuten." Mit Rücksicht hierauf kommt das Reichsgericht zu dem Schluß, der Sinn des § 2057 könne nur dahin gehen, „daß der in Anspruch genommene Miterbe verpflichtet sei, a l l e s, was er vom Erblasser empfangen habe, anzugeben, worauf alsdann im Auseinandersetzungsverfahren festzustellen sei, welche Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen seien".

Diese Entscheidung verdient insoweit volle Zustimmung, als sie die Unhaltbarkeit der Ansicht dartut, wonach die Auskunftspflicht sich n u r auf die Zuwendungen erstrecken soll, die nach dem Gesetz zur Ausgleichung zu bringen sind[5]). Nicht anzuerkennen ist dagegen die Forderung, der Ausgleichspflichtige solle schlechthin a l l e s angeben, was er überhaupt jemals an Zuwendungen von dem Erblasser erhalten hat. Dies würde außer zu einer unbilligen Belastung des auskunftspflichtigen Miterben auch zu einer unnötigen Erschwerung des gesamten Auskunftsverfahrens führen. Das Richtige liegt wie häufig auch hier in der Mitte zwischen diesen beiden extremen Auffassungen: Anzugeben hat ein Miterbe alle die Zuwendungen, die ihrer Art und ihrem Umfange nach m ö g l i c h e r w e i s e nach Maßgabe der §§ 2050—53 der Auskunftspflicht unterliegen könnten. Offensichtlich nicht ausgleichspflichtige Zuwendungen scheiden damit von vornherein aus[6]). Zwischen diesen beiden Gruppen von Zuwendungen die Auswahl zu treffen, wird man unbedenklich nach vorheriger allgemeiner Belehrung auch von dem Rechtsunkundigsten verlangen können, ohne ihn einem unbilligen Gewissenszwang zu unterwerfen.

Der auskunftspflichtige Miterbe hat Inhalt und Art der erhaltenen Zuwendungen anzugeben, und zwar grundsätzlich mündlich. Nur wenn die erhaltenen Zuwendungen einen Inbegriff von Gegenständen darstellen, ist die Auskunft nach Maßgabe des § 260 schriftlich zu erteilen. Von besonderer Wichtigkeit[7]) ist der Wert, den die Zuwendung im Zeitpunkt der Hingabe gehabt hat. In dieser Hinsicht wird man von dem Auskunftspflichtigen nur verlangen können, daß er alle ihm bekannten Tatsachen angibt, die eine genaue Feststellung des Wertes durch Dritte ermöglichen, dagegen nicht, daß er selbst den Wert zahlenmäßig schätze. Nur in diesem Sinne ist der Satz richtig, daß der Miterbe auch über den Wert der Zuwendung Auskunft zu erteilen habe[8]). Da der § 2057 die §§ 260/61 für entspre-

[5]) So Planck § 2057; ferner Meyer in „Recht" 1900, 247; J.W. 1910, 708.
[6]) So Fr. Leonhard § 2057, II; Staudinger § 2057, Bem. 3; J.W. 1906, 358; R.G.Z. 73, 377.
[7]) § 2055 B.G.B.
[8]) O.L.G. 37, 253.

chend anwendbar erklärt, hat der Auskunftspflichtige den Offenbarungseid zu leisten, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß er die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt habe. Hierbei wird es in besonderem Maße erforderlich sein, gemäß § 261, II, die Eidesnorm den Umständen des einzelnen Falles anzupassen, zumal wenn der Antragsteller, was mit Planck a. a. O. für zulässig zu erachten ist, nur über bestimmt bezeichnete Punkte Aufklärung unter Eideszwang begehrt. Mit der Leistung des Eides lediglich dahin, daß die Auskunft nach bestem Wissen so vollständig als möglich erteilt sei, wird dem Antragsteller nicht immer gedient sein.

Daß der mit der Erbauseinandersetzung betraute Testamentsvollstrecher befugt ist, das Auskunftsrecht selbständig anstelle des Erben geltend zu machen, kann keinem Zweifel unterliegen[9]). Soll er die Auseinandersetzung im Sinne des Erblassers pflichtgemäß durchführen, so bedarf er hierzu notwendig das Auskunftsrecht und muß es auch notfalls gegen den Willen der Erben geltend machen können. Planck a. a. O. will auch dem Konkurs- und dem Nachlaßverwalter den Auskunftsanspruch gewähren, wenn sie behufs Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, mit denen der einzelne Erbteil belastet ist, ein Interesse daran haben, den Bestand des Erbteils klarzustellen[10]). Rechtliche Bedenken bestehen hiergegen nicht.

§ 13.

Die Auskunftspflicht des Miterben gemäß §§ 2027, 2028 B.G.B.

Der Umstand, daß das Gesetz lediglich für den Sonderfall des § 2057 eine Auskunftspflicht der Miterben untereinander vorschreibt, darf nicht zu der Ansicht verführen, daß man es hier mit einer Ausnahmevorschrift zu tun hat, die den im übrigen gültigen Grundsatz durchbricht, daß Miterben einander zur Auskunftserteilung nicht verpflichtet seien. Wenn auch, wie wir gesehen haben, die Tatsache der Erbengemeinschaft allein ein gegenseitiges allgemeines Auskunftsrecht nicht gewährleistet, so hindert sie aber andererseits auch nicht, daß ein Miterbe den übrigen Erben auskunftspflichtig wird, wenn in seiner Person die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Dritter dem Erben Auskunft zu erteilen hat. Es können sowohl die Voraussetzungen des § 2027 wie auch die des § 2028 sein. Die weite Fassung dieser Gesetzesvorschriften läßt es nicht zu, die Anwendung dann auszuschließen, wenn der Verpflichtete zugleich auch Miterbe ist.

In der Rechtsprechung hat man bisweilen, ohne in der Frage der Anwendbarkeit des § 2027 auf Miterben eine Entscheidung zu treffen, eine dem Inhalt nach gleiche Auskunftspflicht auf Grund

[9]) So Fr. Leonhard; R.G.Komm.; Planck, Staudinger, alle zu § 2057.
[10]) Zustimmend Fr. Leonhard und Staudinger a. a. O.

anderer Vorschriften zu konstruieren versucht, so das O.L.G. Jena[1]), und zwar gestützt auf § 2047 in Verbindung mit § 260. Dieser Versuch schlägt fehl. Ebensowenig, wie aus diesen Vorschriften eine allgemeine Auskunftspflicht der Miterben untereinander hergeleitet werden kann[2]), ergibt sich aus ihnen im Einzelfall eine solche gleichen Inhalts wie die des § 2027. Selbst wenn man den günstigsten Fall setzt, daß ein Miterbe nach Regelung aller Nachlaßverbindlichkeiten den gesamten restlichen Nachlaß in Händen hat, so würden die übrigen Miterben auf Grund obiger Vorschriften wohl Auskunft über den Bestand des restlichen Nachlasses, niemals aber eine Auskunft über den Verbleib der nicht mehr vorhandenen Nachlaßgegenstände erzwingen können.

In anderen Entscheidungen[3]) sucht man zu demselben Ziel durch die Anwendung der Vorschriften über den Auftrag und die auftragslose Geschäftsführung zu gelangen. Der diesen Entscheidungen zu Grunde liegende Sachverhalt ist übereinstimmend der, daß von mehreren Miterben einer sich in den Alleinbesitz des Nachlasses gesetzt und während längerer Zeit die Verwaltung geführt hat. Soweit es sich hierbei um zur Erhaltung notwendige Maßnahmen handelt, ist er den übrigen Miterben gegenüber als berechtigt anzusehen[4]). Insoweit ist weder für die Annahme eines Auftragsverhältnisses noch für die Anwendung der Vorschriften über die negotiorum gestio Raum. Hat der betreffende Miterbe aber auch andere erbschaftliche Geschäfte besorgt, so hat er, wie das O.L.G. Braunschweig a. a. O. ausführt, entweder auftragslos Geschäfte der übrigen Miterben geriert oder er hat durch stillschweigende Duldung der letzteren einen Auftrag zur Besorgung dieser Geschäfte erhalten. Hieraus wird weiter gefolgert, daß der Betreffende entweder nach § 666 oder nach § 681 in Verbindung mit § 666 Auskunft über den Bestand der Erbschaft sowie über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände zu erteilen hat. Fraglich bleibt hierbei, ob man eine so weit gehende Pflicht aus § 666 herauslesen kann. Auf jeden Fall läßt sich eine dem § 2027 entsprechende Auskunftspflicht für den Miterben auf diesem Wege nur unter der ganz besonderen tatsächlichen Voraussetzung konstruieren, daß der Miterbe den gesamten Nachlaß in Besitz genommen hat. Die Konstruktion versagt, wenn ein Miterbe nur einen einzelnen Nachlaßbestandteil, etwa ein Nachlaßgrundstück, an sich genommen hat. Daß ein solcher Miterbe verdächtig ist, ohne Wissen der übrigen Erben noch andere Nachlaßgegenstände beiseite gebracht zu haben, läßt sich nicht leugnen. Der

---

[1]) O.L.G. 2, 187;

[2]) Siehe oben S. 66.

[3]) O.L.G (Braunschweig) 4, 428; O.L.G. (Hamburg) 5, 358; O.L.G. (Celle) 24, 68.

[4]) § 2038 B.G.B.

§ 666 gibt den übrigen Miterben aber nur die Möglichkeit, Rechenschaftsablage über die Verwaltung des einen Nachlaßgrundstückes, nicht aber über die des ganzen Nachlasses, die jener gar nicht geführt hat, zu verlangen.

In den weitaus meisten Fällen hat man es jedoch gar nicht nötig, seine Zuflucht zu umständlichen Konstruktionen zu nehmen, da man die Verpflichtung des Miterben, über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen, unmittelbar aus § 2027, Abs. I oder II herleiten kann. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf das Miterbenverhältnis wird heute weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung in Zweifel gezogen. Die Anwendung des § 2027, Abs. I setzt voraus, daß der auf Auskunftserteilung in Anspruch genommene Miterbe „Erbschaftsbesitzer" ist, also einer Klage aus § 2018 unterliegt. Dies ist rechtlich wie tatsächlich sehr wohl möglich. Das Kammergericht führt in einer Entscheidung[5]) zu diesem Punkt mit Recht aus: „Die Annahme, daß die Erbengemeinschaft die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbschaftsanspruch ausschließe, erscheint nicht zutreffend, eine solche Auslegung würde das Anwendungsgebiet der in § 2018 gegebenen Erbschaftsklage in einer Weise beschränken, die durch den Wortlaut des Gesetzes nicht bedingt wird, seinem Zweck und den Bedürfnissen des täglichen Lebens widerspricht."

Wann aber ist ein Miterbe Erbschaftsbesitzer? Entscheidend ist auch hier wie bei jedem Dritten das Vorliegen des subjektiven und des objektiven Moments im oben gekennzeichneten Sinne. Die subjektive Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Miterbe zu Unrecht entweder Erbrecht für sich allein in Anspruch nimmt oder zu einem größeren Teil, als es in Wirklichkeit der Fall ist, Erbe zu sein behauptet. Hinzukommen muß als objektives Moment, daß er auf Grund einer solchen unberechtigten Anmaßung etwas aus der Erbschaft oder gar die ganze Erbschaft erlangt hat. Bei Nachlaßsachen ist dies insbesondere dann der Fall, wenn er den anderen Miterben gegen deren Willen nicht den ihnen gebührenden Mitbesitz einräumt, sondern den Alleinbesitz behauptet. Er hat dann mehr erlangt, als ihm mit Rücksicht auf sein Teilerbrecht zukommt. Die übrigen Miterben können unter diesen Umständen vermittels der Erbschaftsklage (hereditatis petitio partiaria) Herausgabe der betreffenden Sachen zum Mitbesitz und vor allem Auskunftserteilung nach Maßgabe des § 2027, Abs. I verlangen[6]).

---

[5]) O.L.G. 5, 231.

[6]) Eine solche hereditatis petitio partiaria war auch nach dem E. v. Schmitt gegeben in Anlehnung an das damals geltende Recht. (Vergl. S. 934 der Begründung.) Seuff. Arch. 26, 253 und 27, 150. Ein Gleiches sollte bezüglich des Anspruchs auf Manifestation gelten (S. 939 der Begründung). Grundsätzlich war aber der Manifestationsanspruch davon abhängig, daß auf Seiten des Erbschaftsbeklagten der Besitz von Nachlaßgegenständen

Die Erbschaftsklage und damit auch der Auskunftsanspruch nach § 2027, Abs. I sind aber nicht gegeben, wenn der Miterbe die Erbschaft nicht unter der Behauptung eines größeren als des ihm zukommenden Erbteils für sich allein, sondern zugleich auch für die übrigen Miterben, unter Anerkennung ihrer Rechte, an sich nimmt.

In diesem Fall wird aber zumeist ein Auskunftsanspruch nach § 2027, Abs. II gegeben sein. Einem solchen unterliegt ein Miterbe stets dann, wenn er eine Nachlaßsache in Besitz nimmt, bevor auch die übrigen Miterben den Besitz tatsächlich ergriffen haben, und zwar besteht die Auskunftspflicht unabhängig davon, ob er die Besitzergreifung in böser Absicht, um den übrigen Miterben die betreffende Sache vorzuenthalten, oder in guter Absicht, etwa in Ausübung des ihm nach § 2028 zustehenden Rechts zum alleinigen Handeln oder selbst im Einverständnis mit den übrigen Erben vorgenommen hat[7]).

Einen abweichenden Standpunkt bezüglich der Frage der Anwendbarkeit des § 2027 Abs. II auf Miterben hat in der Literatur Zeitz[8]) und in der Rechtsprechung das O.L.G. Braunschweig[9]) und früher auch das Kammergericht[10]) vertreten. Zur Begründung der abweichenden Ansicht wird angeführt, der § 2027, Abs. II beziehe sich, wie die Entstehungsgeschichte ergebe, auf den possessor pro possessore. Deshalb könne, wie aber auch schon aus der Gegenüberstellung des Erben und des Besitzergreifenden zu folgern sei, als nach Abs. II verpflichtet nicht ein Miterbe angesehen werden. Hierzu ist zu bemerken, daß bei Entscheidung der Frage, ob eine Gesetzesvor-

---

überhaupt erwiesen oder unbestritten war. In der gemeinrechtlichen Praxis bedurfte es dieses Nachweises nicht, falls es sich um Miterben, Haus- oder Wirtschaftsgenossen des Erblassers (vergl. heute § 2028 B.G.B.), kurz um jemand handelte, der tatsächlich in der Lage war, über Erbschaftsgegenstände unkontrolliert zu schalten.

Demnach waren Miterben also schlechthin auskunftspflichtig. Dies wurde für das heutige Recht abgelehnt (vergl. oben § 11). Siehe auch E. v. Schmitt, S. 940. Hiernach sollen Miterben, bei denen die Voraussetzung der Hausgenossenschaft zutrifft, auskunftspflichtig sein. „Aber", so heißt es dort weiter, „dem Miterben außerdem, lediglich deshalb, weil er dies ist, zur Manifestation verbindlich zu erklären, geht wohl zu weit." Siehe auch Planck, a. a. O., § 2018, 1 a. Strohal, a. a. O. II, S. 413; Langheineken, a. a. O., S. 150, Binder, a. a. O., S. 362.

[7]) Vergl. hierzu F. Leonhard, a. a. O. § 2027, III; Planck, a. a. O., § 2027, 1 c, 2 b; Kretzschmar, a. a. O., § 69, II, 4; R.G.Komm., § 2027, Bem. 2 u. 3; Staudinger, a. a. O., § 2027; Endemann, Lehrbuch, § 151, II, a, 4; Dernburg, a. a. O., § 156, Anm. 4 und § 154, Anm. 8; Kipp, a. a. O., § 67; ferner: R.G.Z. 81, 293; O.L.G. 14, 294; 18, 327; 26, 296; „Recht", 1911, Nr. 2581; J.W. 1903, Beil. 64.

[8]) Die Auskunftspflichten eines Miterben nach den §§ 2027, 2028 des B.G.B Diss. Leipzig, 1909, S. 31 f.

[9]) O.L.G. 4, 428.

[10]) O.L.G. 7, 136; anders O.L.G. 21, 310.

schrift auf einen bestimmten Tatbestand anwendbar ist, in erster Linie der Wille des Gesetzgebers, wie er im Wortlaut des Gesetzestextes Ausdruck gefunden hat, maßgebend ist und nur ergänzend auf die Entstehungsgeschichte zurückgegriffen werden darf. Unzulässig ist es demnach, einer ihrem Zweck und Wortlaut nach anwendbaren Gesetzesvorschrift die Anwendung nur deshalb zu versagen, weil dies mit der Entstehungsgeschichte unvereinbar sei. Was ferner die Gegenüberstellung des Erben und des Besitzergreifenden anbetrifft, so lassen sich hieraus Schlüsse gegen die hier vertretene Ansicht nur gewaltsam ziehen. Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß weder im Fall des Abs. I noch in dem des Abs. II des § 2027 die Verpflichtung zur Auskunftserteilung dadurch berührt wird, daß der Auskunftspflichtige zugleich auch Miterbe ist.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man notwendig auch hinsichtlich des § 2028. Die Annahme, daß diese Vorschrift nur auf die nicht erbenden Hausgenossen des Erblassers anzuwenden sei, findet im Gesetz keine Stütze. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes ist ausnahmslos jeder Hausgenosse auskunftspflichtig. Es ist ja auch kein vernünftiger Grund ersichtlich, einen Hausgenossen nur deshalb von dieser Pflicht zu befreien, weil er zur Erbfolge berufen ist. Die Gefahr, daß er sich zum Nachteil der übrigen Erben mit dem Nachlaß befaßt hat, besteht bei ihm nicht minder wie bei jedem Dritten. Ja, ein Hausgenosse, den der Erblasser zum Erben eingesetzt hat oder der auf Grund seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser kraft Gesetzes Erbe wird, wird in der Regel mit dem Erblasser vertrauter gewesen sein und daher um den Nachlaß besser Bescheid wissen, als ein Hausgenosse, bei dem dies nicht der Fall ist. Würde man die Anwendung des § 2028 auf die Fälle beschränken, in denen der Hausgenosse nicht auch Erbe ist, so würde die Vorschrift praktisch fast bedeutungslos sein, da in der Mehrzahl der Fälle die Hausgenossen Erben sein werden.

Oben war bereits darauf hingewiesen worden, daß die Vorschrift des § 2028 in Anlehnung an bereits vorhandene Vorbilder in das geltende Recht aufgenommen worden ist. Diese zum Vorbild genommenen Rechte erkannten die Manifestationspflicht des Hausgenossen auch dann an, wenn er Erbe war. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber des B.G.B. hiervon ohne ersichtlichen Grund abgewichen ist. Literatur und Rechtsprechung haben von jeher den gleichen Standpunkt vertreten[11]). Lediglich das O.L.G. Braunschweig hat in einer älteren Entscheidung[12]) Bedenken ge-

[11]) Kretzschmar, § 68, Anm. 18; Staudinger § 2028; Endemann, § 151, Anm. 18; Dernburg, § 156, Anm. 7; R.G.Komm. § 2028; Planck § 2028; R.G.Z. 80, 285; O.L.G. 2, 187; 14, 294; „Recht" 1901, 518; 1911 Nr. 2582; Z.Bl.f.G. 1911, 766; Bay.Z.f.R. 09, 379 u. a.

[12]) O.L.G. 4, 428.

äußert, die aber nicht gewichtig sind. Es heißt dort, es sei zu beachten, daß die II. Kommission beabsichtigt hat, die Zeugnispflicht, welche den Hausgenossen im Prozeß kraft öffentlichen Rechts obliege, zu einer außerhalb des Prozesses bestehenden privatrechtlichen umzugestalten, und diese Begründung passe nicht auf Miterben, die im Prozeß Partei seien. Was der Gesetzgeber beabsichtigt hat, ist, wie bereits oben erwähnt wurde, unmaßgeblich, wenn Gesetzestext und die ratio einen anderen Weg weisen.

§ 14.

Zur Frage der Geltendmachung eines der Miterbengemeinschaft zustehenden Auskunftsrechts.

Sind mehrere Erben vorhanden, so erhebt sich die Frage, wie das Recht auf Auskunftserteilung einerseits von den mehreren geltend gemacht wird und wie andererseits der Pflichtige seine Pflicht gegenüber den mehreren zu erfüllen hat. Berechtigt sind alle Miterben in gleicher Weise, denn nach § 1922 finden auf den Erbteil eines Miterben die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung. Kann nun jeder Miterbe verlangen, daß der Verpflichtete die Auskunft ihm erteile und für ihn den Offenbarungseid leiste, oder können alle Miterben nur gemeinschaftlich vorgehen, oder ist es so, daß der einzelne den Anspruch zwar allein geltend machen, aber Leistung nur an alle fordern kann? Besteht hierbei ein Unterschied, ob der Auskunftspflichtige ein Miterbe oder ein Dritter ist?

Eine diese Fragen berührende Vorschrift enthält § 2039. Er bestimmt, daß, wenn ein Anspruch zum Nachlaß gehört, der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur Leistung an alle Erben fordern kann.

Die unmittelbare Anwendung des § 2039 auf den Auskunftsanspruch des Erben unterliegt Bedenken. Die Voraussetzung, daß es sich um einen zum Nachlaß gehörenden Anspruch handeln muß, trifft auf den Auskunftsanspruch zweifellos nicht zu. Der Anspruch auf Auskunftserteilung und auf Leistung des Offenbarungseides gehört ebensowenig wie der Erbschaftsanspruch zum Nachlaß. In dieser Hinsicht sei auf das oben Ausgeführte verwiesen. § 2039 bezieht sich, wie aus Satz 2 hervorgeht, in erster Linie auf solche Ansprüche, die die Leistung eines bestimmten Gegenstandes zum Inhalt haben. Dies ist beim Erbschaftsanspruch der Fall. Eine analoge Anwendung des § 2039 auf den Erbschaftsanspruch dürfte daher keinen Bedenken unterliegen[1]). Anders der Anspruch auf Auskunftserteilung. Er ist, wie wir gesehen haben, lediglich vorbereitender Natur. Bei ihm

[1]) Vergl. Fr. Leonhard, § 2018, II, A, 1; Kretzschmar, § 69, I, 1 a; Kipp, § 66, II.

handelt es sich im Gegensatz zum Erbschaftsanspruch nicht darum, der Erbengemeinschaft einen bestimmten Vermögensgegenstand zuzuführen, der demnächst von der Auseinandersetzung mitbetroffen wird. An der Geltendmachung des Erbschaftsanspruches sind daher mit Rücksicht auf die spätere Auseinandersetzung alle Erben in gleicher Weise interessiert. Hinsichtlich der Geltendmachung des Auskunftsanspruches braucht dies aber nicht immer der Fall zu sein; denn es ist sehr wohl denkbar, daß von drei Miterben zwei erklären, sie seien über die Nachlaßverhältnisse hinreichend informiert und hielten daher die Einholung einer Auskunft für nicht erforderlich. In diesem Fall muß der dritte Erbe in der Lage sein, selbständig und ohne Mitwirkung der beiden anderen den Auskunftsanspruch geltend zu machen. Dies wird er aber auch nur nach Maßgabe des § 2039 tun können, der insoweit trotz oben geäußerter Bedenken auch auf den Auskunftsanspruch entsprechende Anwendung finden muß[2]). Denn man kann es dem Auskunftspflichtigen nicht zumuten, daß er das Auskunftsverlangen jedes einzelnen Erben gesondert befriedigt und für jeden einzelnen Miterben gesondert den Offenbarungseid leistet. Er genügt vielmehr seiner Pflicht, wenn er auf Verlangen eines Miterben allen Miterben gegenüber das angibt, was er anzugeben hat und diese Auskunft notfalls einmal beeidet. Hierbei kann es keinen Unterschied· machen, ob der Auskunftspflichtige selbst Miterbe oder ein an der Erbschaft unbeteiligter Dritter ist.

[2]) So auch Staudinger, § 2027, Bem. 1 und § 2018, III, A; Endemann, § 151, Anm. 2; Fr. Leonhard, § 2027, II; Planck, § 2027, Bem. 44; Kipp, a. a. O., § 72, VII; a. M.: Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 550: „Der Teilerbe kann den Erbschaftsanspruch nur nach § 2039 geltend machen, aber auch einfach auf Einlaß in den Mitbesitz klagen. Auskunft und Offenbarungseid kann er für sich allein verlangen."

V. Abschnitt:

Die Erfüllung der Auskunftspflicht und die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides.

Die vorstehenden Erörterungen hatten sich in der Hauptsache mit der Frage befaßt, unter welchen Voraussetzungen der Erbe bezw. die an seiner Stelle berechtigten Personen einen Anspruch auf Auskunftserteilung geltend machen können. Es bleibt jetzt nur noch übrig, der Frage näher zu treten, in welcher Weise die im Einzelfall bestehende Auskunftspflicht zu erfüllen ist.

Worüber die Auskunft zu erteilen ist, wird vom Gesetzgeber in jedem Fall genau bestimmt: in den Fällen der §§ 2027, 2030, 2127 und 2362, Abs. II ist Auskunft zu erteilen über den Bestand der Erbschaft und, mit Ausnahme des § 2127, auch über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände. Der nach § 2028 Verpflichtete hat außer über seine Kenntnis vom Verbleib der Erbschaftsgegenstände auch darüber Auskunft zu erteilen, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat. Ueber den besonderen Inhalt der von einem Miterben gemäß § 2057 auf Verlangen der übrigen zu erteilenden Auskunft ist bereits oben gesprochen worden.

Die Pflicht, über den Bestand der Erbschaft als eines Inbegriffes von Gegenständen Auskunft zu erteilen, begreift nach § 260 die Pflicht in sich, ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Das Bestandsverzeichnis hat der Auskunftspflichtige grundsätzlich selbst anzufertigen. Ist der Auskunftsberechtigte einverstanden, dann steht nichts im Wege, daß er auf bereits früher zu Protokoll des Nachlaßgerichts oder eines Notars gemachte Angaben Bezug nimmt oder auch ein vom Gegner aufgestelltes Verzeichnis ausdrücklich anerkennt[1]). Eine Verpflichtung, die hierzu erforderlichen Erklärungen schriftlich abzugeben, besteht nicht. Auch die negative Auskunft, daß Nachlaßgegenstände überhaupt nicht vorhanden sind, und der Auskunftspflichtige auch nicht wisse, wo sie verblieben sind, kann schriftlich nicht verlangt werden.

In das Bestandsverzeichnis hat der Auskunftspflichtige ausnahmslos alle Gegenstände aufzunehmen, über die der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes rechtlich und tatsächlich zu verfügen in der Lage war, selbstverständlich nur soweit, als seine eigene Kenntnis

[1]) Vergl. Planck, a. a. O., § 2027, Bem. 1 a.

von diesen Dingen reicht. Anzugeben sind also nicht nur die Sachen, die dem Erblasser gehörten, sondern auch die, die er lediglich in Besitz hatte, sei es berechtigt oder unberechtigt. Lediglich solche Gegenstände, die bereits bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen rechtlich u n d tatsächlich ausgeschieden waren, unterliegen der Auskunftspflicht nicht. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß in das Verzeichnis auch die Gegenstände aufzunehmen sind, die bereits bei Lebzeiten des Erblassers beiseitegeschafft worden sind, um sie der Nachlaßmasse und damit dem Erben zu entziehen. Mögen sie dadurch in tatsächlicher Hinsicht auch der Verfügungsgewalt des Erblassers entzogen worden sein, rechtlich gehören sie noch zu seinem Vermögen, und bilden daher einen Bestandteil der Erbschaft. Aus dem gleichen Grunde unterliegen der Auskunftspflicht auch die den Voraus bildenden Haushaltsgegenstände und Hochzeitsgeschenke[2]), ferner die Vermächtnisse und Vorausvermächtnisse[3]). Ein Erbschaftsbesitzer hat auch die nach Maßgabe des § 2019 erworbenen Surrogate sowie die von ihm gezogenen Nutzungen in das Verzeichnis aufzunehmen. Zu den auskunftspflichtigen Gegenständen gehören selbstverständlich auch Forderungen, und zwar sowohl die bereits vor Erbfall in der Person des Erblassers, als auch die nach Erbfall zugunsten des Erben entstandenen. Zu den letzteren gehören beispielsweise die aus der Beschädigung oder dem Verlust eines Nachlaßgegenstandes entstandenen Ersatzforderungen und Versicherungsansprüche. Die näheren Umstände des Verlustes hat der Auskunftspflichtige dann mitzuteilen, wenn er auch über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen hat.

Hinsichtlich solcher Forderungen, die gegen den Auskunftspflichtigen selbst gerichtet sind, vertritt das Reichsgericht die Auffassung[4]), daß sie nur dann im Bestandsverzeichnis aufzuführen seien, wenn sie entweder durch Richterspruch als bestehend festgestellt, oder von dem Schuldner als bestehend anerkannt seien; denn nur, wenn dies der Fall sei, gelte im Verhältnis zwischen dem Nachlaßschuldner und dem ihm als Gläubiger gegenüberstehenden Erben eine Forderung als bestehend und bilde daher auch nur dann einen Bestandteil der Erbschaft. Bestreite der Schuldner aber die Forderung, so hätten die Erben kein Recht darauf, daß der Auskunftspflichtige sie ungeachtet seines Bestreitens als bestehend in das von ihm vorzulegende Bestandsverzeichnis einreihe, noch auch dürften sie etwa,

---

[2]) § 1932 B.G.B.

So auch Planck § 2027, Bem. 1, a; Endemann § 151, II, a, 2; Staudinger § 2027, 2 b; ferner O.L.G. 24, 81. Zutreffend bemerkt das R.G. in Seuff.A. 66, 140, daß die Auskunftspflicht auch wegen des Voraus umsomehr bestehe, als man verschiedener Meinung darüber sein könne, ob ein Gegenstand zum ehelichen Haushalt und demgemäß zum Voraus zu rechnen sei.

[3]) a. a. O. O.L.G. 12, 364.

[4]) Seuff.Bl. 70, 16 ff.

weil die Auskunftspflicht sich in der Vorlegung des Bestandsverzeichnisses nicht erschöpfe, gegen ihn den weiteren Anspruch erheben, daß er ihnen sein Wissen offenbare, vermöge dessen die Rechtsverfolgung gegen ihn selbst im Interessen einer Erweiterung der Bestandsfeststellung befördert, und seine eigene Rechtsverteidigung bekämpft werden könnte.

Letzteres wird man ohne weiteres zugeben können. Dagegen besteht keine Veranlassung, den auskunftspflichtigen Schuldner von der Verpflichtung zu befreien, eine bestrittene Forderung wenigstens im Bestandsverzeichnis zu erwähnen. Das Reichsgericht begründet seine gegenteilige Auffassung damit, daß es sagt, die Stellung des Schuldners könne, selbst wenn ihn aus besonderen Gründen die Verpflichtung treffe, über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu erteilen, keine andere und namentlich keine ungünstigere sein, wie wenn der Erblasser ihm selbst noch gegenüberstünde. Das Bestreben geht offensichtlich dahin, dem auskunftspflichtigen Schuldner unbillige Härten zu ersparen.

Nun ist aber nicht einzusehen, welche wesentliche Verschlechterung der Position des Schuldners darin liegen sollte, daß er verpflichtet ist, die bestrittene Forderung als solche im Bestandsverzeichnis aufzuführen. Daß er sie nicht einfach als bestehend angibt, ist selbstverständlich. Er wird vielmehr einen Vermerk hinzusetzen können, der erkennen läßt, daß und womöglich auch weshalb er die Forderung bestreitet. Damit bleiben seine Interessen gewahrt, und es wird verhindert, daß dem Erben das Bestehen dieser strittigen Forderung verborgen bleibt. Das O.L.G. Bamberg[5]) pflichtet zwar der Ansicht des Reichsgerichts bei, meint aber auch, daß das Recht des (Erben-)Schuldners jedenfalls nicht soweit gehe, daß er sich der Frage nach solchen Forderungen einfach durch eine unrichtige Darstellung des Sachverhalts entziehen dürfe. Sind über die Forderung aufschlußgebende Briefe, Aufzeichnungen oder Urkunden des Erblassers vorhanden, so sind diese, da sie der Herausgabepflicht unterliegen, in das Bestandsverzeichnis aufzunehmen. Dies wird auch vom Reichsgericht ausdrücklich anerkannt.

Daß das Bestandsverzeichnis nicht auch notwendig ein Verzeichnis der Nachlaßverbindlichkeiten zu enthalten braucht, sagt schon der Begriff. Es steht jedoch nichts im Wege, daß der Auskunftspflichtige auch diese aufführt, ja bisweilen kann es ihm sogar dienlich sein, wenn er sie im Verzeichnis berücksichtigt[6]). Ebenso wenig kann der Auskunftsberechtigte eine genaue Bewertung der einzelnen Nachlaßgegenstände durch den Auskunftspflichtigen verlangen. Diese vorzunehmen, bleibt gleichfalls dem freien Willen des Auskunftspflichtigen überlassen.

---

[5]) Bay. Z. f. Rechtspfl. 1911, 190.
[6]) Vergl. O.L.G. Dresden in D.J.Z. 1911, 317.

Im übrigen sind die Angaben im Verzeichnis so genau wie möglich zu machen. Das Kammergericht gibt in einer Entscheidung[7]) einige grundlegende Hinweise für die ordnungsmäßige Anfertigung eines solchen Verzeichnisses. Demnach genügt es nicht, wenn lediglich die Höhe der vorhandenen Kapitalien angegeben wird, vielmehr sind die Art der Anlegung und evtl. auch ihr Verbleib mitanzugeben. Auf etwaige mündliche Erläuterungen braucht sich der Auskunftsberechtigte nicht einzulassen. Grundstücke, auf denen Nachlaßhypotheken haften, müssen grundbuchmäßig bezeichnet sein. Durch Kollektivangaben wie „Wäsche, Betten, Geschirr" wird eine erschöpfende Kenntnis des Nachlaßbestandes nicht gewährt, dazu gehört vielmehr die Angabe aller einzelnen Gegenstände oder beim Vorhandensein gleichartiger Sachen wenigstens die Angabe der Stückzahl.

Ist ein im Bestandsverzeichnis aufgeführter Nachlaßgegenstand zur Zeit der Auskunftserteilung nicht mehr vorhanden, so hat der Auskunftspflichtige anzugeben, was er über den Verbleib weiß, und zwar so genau, daß der Erbe in der Lage ist, nötigenfalls die zur Wiederbeschaffung erforderlichen Schritte zu unternehmen. Ist für abhandengekommene Gegenstände bereits von dritter Seite Ersatz geleistet, so ist dies ebenfalls anzugeben. Die Auskunft erstreckt sich aber nicht nur auf den örtlichen, sondern auch auf den wirtschaftlichen Verbleib[8]). Befanden sich beispielsweise in dem Nachlaß Lebensmittelvorräte, die inzwischen verbraucht worden sind, so hat der Auskunftspflichtige genau die Art ihrer Verwendung, und falls Verkäufe stattgefunden haben, die Höhe des Erlöses anzugeben. Zur Auskunftspflicht kann mithin eine Rechenschaftspflicht gemäß § 259 hinzutreten; dann hat der Auskunftsberechtigte Anspruch auf Mitteilung einer geordneten, die Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Rechnung, sowie auch auf Vorlage der Belege. Hat der Auskunftspflichtige selbst erbschaftliche Geschäfte geführt, so ergibt sich seine Rechenschaftspflicht bereits auf Grund der Vorschrift über den Auftrag oder die auftragslose Beschäftigung.

Hat der Auskunftspflichtige Auskunft erteilt, und sei es auch nur durch die bloße Erklärung, daß keine Nachlaßgegenstände vorhanden seien und er von dem Verbleib etwa vorhanden gewesener nichts wisse, so hat er seine Pflicht damit vorerst erfüllt. Hat der Auskunftsberechtigte Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben, so kann er eine Ergänzung der einmal erteilten Auskunft durch weitere Angaben nicht verlangen. Eine solche Klage auf Erteilung weiterer Auskunft gibt es im geltenden Recht nicht[9]). Anders dagegen, wenn der Erbe zunächst Auskunft gemäß § 2027, I oder Abs. II begehrt und

[7]) O.L.G. 5, 231.
[8]) Vergl. Prot. 5, 715.
[9]) Vergl. auch Goldmann, J.W. 1930, 1052.

erhalten hat und sodann, da in der Person des Auskunftspflichtigen auch die Voraussetzungen des § 2028 gegeben sind, weitere Auskunft nach Maßgabe dieser Vorschrift verlangt. Denn hierbei handelt es sich nicht um die Erteilung einer weiteren Auskunft über dieselben Tatsachen, also um eine bloße Ergänzung der bereits erteilten Auskunft, sondern um eine Auskunft über neue Tatsachen. Zu Unrecht nimmt das Kammergericht[10]) an, daß die Auskunft des § 2028 inhaltlich nicht weiter gehe als die des § 2027 und folgert daraus, daß, wer nach § 2027 Auskunft erteilt habe, nicht nochmals aus § 2028 zur Erteilung einer Auskunft angehalten werden könne. Dies trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn der Erbe Auskunft darüber begehrt, welche erbschaftlichen Geschäfte der Auskunftspflichtige geführt hat, eine Auskunft, die er nach § 2027 nicht verlangen kann[11]).

Der Grundsatz, daß nach einmal erteilter Auskunft ein Anspruch auf weitere Auskunftserteilung ausgeschlossen ist, gilt nicht ausnahmslos. „Beruht", so führt das Reichsgericht in einer Entscheidung[12]) aus, „die Unvollständigkeit des überreichten Bestandsverzeichnisses darauf, daß der Verpflichtete einen bestimmten, zum Nachlaß gehörigen Vermögensteil, den er nicht zum Nachlaß rechnet, in dem Verzeichnis gänzlich ausgelassen hat, so kann er hinsichtlich dieses Vermögensteils, da insoweit ein Nachlaßverzeichnis nicht vorliegt, unter Feststellung der Zugehörigkeit des Anteils zum Nachlaß, wiederholt zur Auskunftserteilung verurteilt werden." Aehnlich hat das O.L.G. Braunschweig[13]) eine Klage auf Ergänzung der Auskunft zugelassen, weil der Auskunftspflichtige es unterlassen hatte, die gemäß § 259 erforderlichen Belege vorzulegen.

Vermeint der Erbe, daß die ihm erteilte Auskunft unrichtig oder unvollständig ist, so bleibt ihm nach dem Gesetz nur der Weg, den Auskunftspflichtigen zur Leistung des Offenbarungseides anzuhalten. Für § 2028 ergibt sich dies aus dem Absatz II dieser Vorschrift und für die §§ 2027, 2030, 2127 und 2362, Abs. II aus § 260. In allen diesen Fällen kann der Offenbarungseid nur unter zwei Voraussetzungen verlangt werden: Es muß zunächst eine Auskunft erteilt, bezw. ein Bestandsverzeichnis vorgelegt worden sein, sodann muß Grund zu der Annahme bestehen, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt bezw. das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angefertigt worden ist[14]).

Stellt der Erbe bei Gericht den Antrag, dem Auskunftspflichtigen den Offenbarungseid abzunehmen, so muß er entweder das von

[10]) O.L.G. 20, 427.
[11]) Vergl. Planck, § 2028, Bem. 4; O.L.G. 26, 296.
[12]) R.G.Z. 84, 44 = J.W. 1914, 349.
[13]) O.L.G. 24, 68.
[14]) Vergl. auch H. Rempe, Der zivilrechtliche Offenbarungseid, Diss. Heid. 1911; H. Nebert, dto. Diss. Heid. 1912.

diesem aufgestellte Bestandsverzeichnis vorlegen, oder dartun, welche mündliche Auskunft ihm bereits erteilt ist. Trägt der Erbe zur Begründung seines Antrages selbst vor, daß er den Auskunftspflichtigen nicht zur Auskunftserteilung aufgefordert habe, weil mit Sicherheit anzunehmen sei, daß dieser die erforderliche Sorgfalt nicht betätigen werde, so hat das Gericht die Abnahme des Eides abzulehnen[15]).

Weiterhin muß der die Leistung des Offenbarungseides verlangende Erbe das Vorliegen mangelnder Sorgfalt auf Seiten des Auskunftspflichtigen dartun. Dieses Nachweises ist er jedoch enthoben, wenn der Auskunftspflichtige sich freiwillig zur Ableistung des Eides bereit erklärt. In diesem Falle braucht der Erbe nicht erst auf Leistung des Eides zu klagen, sondern er oder auch der Pflichtige selbst beantragt bei dem nach Maßgabe des § 261 zuständigen Gericht die Abnahme des Eides. Bei der auf diese Weise in Gang gesetzten Tätigkeit des Gerichts handelt es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die gesetzliche Grundlage bilden die §§ 163, 79 F.G.G. In einem solchen Fall hat das angegangene Gericht lediglich zu prüfen, „ob überhaupt (abstrakt) ein Fall vorliegt, in dem ein solcher Eid gesetzlich abgenommen werden darf", nicht auch, ob der Schwörende bei Erteilung der Auskunft die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Ein Zwang zur Leistung des Eides kann in diesem Verfahren freilich nicht ausgeübt werden. Die Tätigkeit des Gerichts beschränkt sich darauf, den Auskunftspflichtigen zum Eidestermin zu laden und, falls er ausbleibt, dies festzustellen und dem Auskunftsberechtigten Nachricht zu geben.

Dieser muß nunmehr im Prozeßwege auf Leistung des Eides klagen. Dann muß er aber nachweisen, daß seitens des Auskunftspflichtigen bei Erteilung der Auskunft nicht die erforderliche Sorgfalt betätigt worden ist. Allgemeines Mißtrauen ist im allgemeinen noch kein ausreichender Grund zur Eidespflicht. Ebenso vermag eine objektive Unrichtigkeit in der Auskunft nicht ohne weiteres das Verlangen nach Leistung des Offenbarungseides zu rechtfertigen. Zutreffend führt in dieser Hinsicht das O.L.G. Breslau[16]) aus, es komme darauf an, ob die Unrichtigkeit bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte vermieden werden können. Je nach den Umständen könne die objektive Unrichtigkeit aber als Beweisbehelf dafür dienen, daß die erforderliche Sorgfalt nicht aufgewendet worden sei. Andererseits könne sogar eine Auskunft, gegen deren objektive Richtigkeit nichts vorgebracht werden könne, das Verlangen nach Leistung des Eides dann als berechtigt erscheinen lassen, wenn sie erkennbar in einer leichtfertigen, die vorhandenen Grundlagen und Hilfsmittel unberücksichtigt lassenden Art und Weise zustande gekommen sei.

---

[15]) Vergl. hierzu R.G.Z. 73, 243.
[16]) „Recht" 1922, 592.

Bisweilen wird es auch vorkommen, daß der Auskunftspflichtige von sich aus eine erteilte Auskunft nachträglich, womöglich erst nach Klageerhebung, durch Angabe weiterer Nachlaßgegenstände ergänzt. Die Auslegung eines solchen Verhaltens kann im Einzelfall eine verschiedene sein. Ebenso wie man hierin ein Zeichen besonderer Sorgfalt und Genauigkeit erblicken kann, kann aber auch, wie das O.L.G. Rostock[17]) in einer Entscheidung ausführt, hieraus ein objektiver Anhalt für den Verdacht gewonnen werden, daß auch die vervollständigte Auskunft noch nicht alle dem Auskunftspflichtigen bekannten Erbschaftsgegenstände umfaßt, so daß auch gegenüber der z. Zt. der Eidesleistung vorliegenden erweiterten Auskunft für die Vermutung Raum ist, daß auf ihre Erteilung nicht die pflichtgemäße Sorgfalt verwendet worden ist. Weiterhin stehe auch die Geringwertigkeit der nachträglich zugefügten Gegenstände nicht der Annahme entgegen, daß das Verlangen des Offenbarungseides gerechtfertigt sei. Denn die in der Weglassung einzelner Sachen zutage tretende Achtlosigkeit gegenüber den Rechten der Erben bezw. der Miterben biete diesen, die nicht die Möglichkeit haben, aus eigener Kenntnis den Umfang der Erbschaft festzustellen, triftigen Grund, auch wenn nur Gegenstände von geringem Wert außer Acht gelassen sind, sich auf dem ihnen vom Gesetz eröffneten Weg Gewißheit darüber zu verschaffen, ob nicht noch ein größerer Nachlaß vorhanden ist.

Der Auskunftspflichtige hat den Eid in jedem Fall dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben, bezw. seine Angabe so vollständig gemacht habe, als er dazu imstande sei. In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nicht[18]).

Ist der Auskunftspflichtige zur Leistung des Offenbarungseides rechtskräftig verurteilt, so vollzieht sich die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil nach Maßgabe des § 888 Z.P.O. Irgendwelche Rechtskraftwirkung ruft die Leistung des Offenbarungseides unter den Parteien nicht hervor. Es kann also einerseits der Schwörende nachträglich einzelne Angaben widerrufen, andererseits der Auskunftsberechtigte später die Herausgabe von Gegenständen verlangen, die in dem beschworenen Bestandsverzeichnis aufgeführt sind[19]).

[17]) O.L.G. 34, 277.
[18]) § 259, Abs. III, B.G.B.
[19]) O.L.G. 12, 364; ferner Borcherdt, a. a. O., S. 272.

Lebenslauf.

Am 24. 12. 06 wurde ich in Neumünster i. Holstein als Sohn des derzeitigen Vicepräsidenten des Reichsbahnzentralamts a. W. Bruno Wendler und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Liske, geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1925 besuchte ich das Gymnasium zu Berlin-Zehlendorf, das ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte vom Sommersemester 1925 bis zum Sommersemester 1926 einschließlich an der Universität Tübingen die Rechts- und Staatswissenschaften und setzte diese Studien bis zum Sommersemester 1929 an der Universität Berlin fort. Am 16. und 17. Mai 1929 legte ich vor dem juristischen Prüfungsamt des Kammergerichts die erste juristische Prüfung ab. Seit dem 12. Juni 1929 befinde ich mich im praktischen Vorbereitungsdienst.